

**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*

En el período que oscila de octubre de 2014 a abril de 2015 resulta oportuno reseñar los siguientes pronunciamientos relativos a los delitos sobre la ordenación del territorio. Conviene mencionar dos sentencias del Tribunal Supremo, que se comentarán siguiendo el orden cronológico de su publicación.

Por una parte, la STS núm. 676/2014, de 15 de octubre, resulta de interés porque en ella se revisa una sentencia en la que, junto con la condena por un delito sobre la ordenación del territorio, se absuelve a otros acusados del delito de prevaricación ambiental. Dos son los recursos planteados: uno por la acusación popular y otro por el único condenado por delito del artículo 319.1 CP. Con respecto al primer recurso, conviene destacar que en este se cuestiona la distribución de las costas procesales realizada en la sentencia recurrida. Y es este el único motivo que, a la postre, el TS admite. Pero, puesto que no es esta una cuestión estrictamente vinculada a los delitos que nos ocupan, más allá del razonable criterio empleado respecto a la distribución de dichas costas, resulta de mayor interés centrar este análisis en los motivos del recurso que pretendía impugnar la absolución de un alcalde por un presunto delito de prevaricación urbanística (art. 320 CP). Para ello ha de partirse de los hechos probados en la sentencia recurrida y que se remontan a 1997, cuando el citado alcalde acordó conceder, en el marco de la comisión de gobierno del Ayuntamiento de Sant Antoni, una licencia a determinada entidad para la construcción de vivienda familiar aislada en finca rústica, con dos piscinas y numerosos espacios abiertos apergolados, en la creencia de que, a la vista de los correspondientes informes favorables, tal concesión era técnica y jurídicamente válida. Posteriormente, en los años 2000 y 2002 el representante legal de la entidad constructora ordenó a dos técnicos de su confianza unas obras de ampliación de la citada construcción, ubicada en terrenos rústicos de especial protección, incrementando la construcción en más de un 60% con la autorización del consistorio.

Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, se entendió que el acusado actuaba en la creencia de que la licencia se ajustaba a la legalidad. En la STS ahora comentada se transcriben con detalle todos los aspectos que llevaron a la sala de instancia a la convicción de que el acusado actuaba bajo la creencia de que la licencia no solo se ajustaba a la legalidad, sino que además era de obligada concesión. Por ello, el TS entiende que dicha convicción resulta razonada y se basa “no exclusivamente en medios de prueba documentales, sino en pruebas inequívocamente personales: junto a la declaración de los acusados, la de otros testigos”. A partir de esta conclusión, el TS

desarrolla un interesante razonamiento en torno a las limitaciones a la revisión en vía de recurso de las sentencias absolutorias, haciéndose así eco de la doctrina del TEDH. Tras enunciar las principales sentencias que, en los últimos años, han condenado a nuestro país por revisar sentencias absolutorias en casación por razones de tipo fáctico, el TS recuerda que a partir de 2011 ya se incluyen sin discusión las inferencias sobre elementos internos en el campo de lo fáctico. Esto sentado, el TS determina que el convencimiento por parte del acusado de la legalidad de la licencia es una cuestión de hecho, “un hecho interno, si se quiere, pero hecho en definitiva”, y, por lo tanto, como elemento fáctico, “su valoración queda fuera de la capacidad de revisión del Tribunal superior”. Cuestión diferente sería dilucidar si determinada actitud (por ejemplo, indiferencia frente al resultado, capacidad de salir del error...), que ha de ser descrita por el órgano que percibe la prueba directamente, pudiera ser catalogada o no, v. gr., como dolo eventual o como error “evitable” o “invencible”. En consecuencia, el TS concluye que “no podemos variar in peius ese inciso de los hechos probados que refleja un elemento interno: el acusado actuaba en la creencia de la legalidad de la licencia”.

Por otro lado, con respecto al recurso del condenado por la Audiencia Provincial por un delito del artículo 319.1 CP, ha de repararse en que, a raíz de que este recurrente niega la concurrencia de las exigencias de este delito, el TS se pronuncia de nuevo sobre cada una de ellas. Así, con respecto al “promotor”, sostiene, en la línea de anteriores sentencias, que “no estamos ante un concepto ligado a categorías profesionales sino ante la noción material que no es vicaria de categorías civiles o administrativas (más allá de que en la actualidad este concepto pueda coincidir con la definición del art. 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación): STS de 26 de junio de 2001. Promotor es quien organiza la construcción e impulsa y encarga el proyecto, con independencia de lo que haga como profesional de la construcción o como particular”. En consecuencia, se admite que la cualidad de promotor sea predicable del acusado, representante legal de una sociedad.

Por otro lado, el recurrente pretendía revocar la condena apelando a que no realizó propiamente una construcción, sino que estaríamos ante “un simple exceso que no sería conducta contemplada por el art. 319. El recurrente contaba con licencia para la construcción”. Llama la atención la contundencia con que el TS responde a esta alegación pues, en la línea de lo que viene sosteniéndose en la doctrina, diferencia si dicho exceso es o no relevante, para establecer que “podríamos excluir del tipo lo que

podieran considerarse excesos proporcionalmente reducidos o insignificantes; nunca casos como el aquí examinado que ha supuesto más que duplicar el volumen autorizado”. Y posteriormente se ratifica: “[...] las modificaciones o ampliaciones de construcciones previas son también construcción cuando son relevantes por sí mismas, relevancia que no puede minimizarse aquí a la vista de los volúmenes de que estamos hablando”.

Por todo lo anterior, el TS rechaza cuantos motivos se habían alegado para impugnar la condena por un delito del artículo 319.1 CP, así como para revertir la absolución por un delito del artículo 320 CP. Únicamente acepta haber lugar al recurso de casación por el motivo referido a una errónea cuantificación de las costas, conforme había denunciado la acusación popular.

Por otro lado, conviene reparar en la STS núm. 816/2014, de 24 de noviembre. En esta sentencia se ratifica la condena por un delito sobre la ordenación del territorio (art. 319.1 CP), imponiendo además la medida de demolición (art. 319.3 CP). En resumen, los hechos constitutivos de dicho delito fueron la construcción de una piscina con materiales de obra —hormigón, cemento y gresite— y una profundidad media de 1,5 metros. Asimismo, el acusado construyó en el inmueble una solera y un camino de hormigón, e instaló una casa prefabricada anclada a una solera mediante muros de ladrillo, así como una terraza de obra de ladrillo, frente a la entrada de dicha vivienda, y realizó otras obras accesorias. Todo ello se construyó en una parcela que tenía la categoría de espacio natural protegido y la calificación urbanística de suelo no urbanizable de especial protección, estando prohibida la construcción de nuevas edificaciones y la modificación de las existentes. El recurrente no solicitó en ningún momento autorización para unas obras que, por lo tanto, en ningún caso fueron legalizables.

Durante la causa ante el TS, el recurrente alegó vulneración del derecho a la presunción de inocencia y error de prohibición; sin embargo, ambas alegaciones fueron rechazadas. Conviene advertir a este respecto que el error de prohibición empieza a ser un motivo al que se apela con cierta frecuencia en sede de recurso por condenas a las penas de estos delitos. No obstante, el TS suele reiterar similares criterios para, en general, rechazar la admisión de esta clase de error. En el caso de esta sentencia, se determina que “instaló una vivienda con piscina y otros accesorios, todo lo cual denota un nivel cultural y una socialización muy lejos de las carencias propias de un sujeto que pudiera incurrir en un

error de prohibición por ignorar que para la ejecución de una obra se precisa obtener previamente una licencia ajustada a un plan urbanístico”. A lo anterior añade el TS que el acusado “era consciente de que la parcela estaba situada en un paraje natural”, siendo fácil deducir “que la zona tenía necesariamente que albergar un grado relevante de protección urbanística”. En definitiva, el TS llega a la convicción de que “tanto la naturaleza y entidad de la obra como el lugar de ubicación permiten colegir que el acusado, cuyo nivel de formación y cultura alcanzaba el grado del ciudadano medio, gozaba de aptitud y capacidad para saber que una obra de tales características precisaba cumplimentar una serie de requisitos para ajustarse a las exigencias del plan de urbanismo del Ayuntamiento”. De lo anterior cabe también destacar que el TS admite que la obra realizada tenía entidad suficiente para ofender al bien jurídico “ordenación del territorio”. Y, de hecho, así lo manifiesta al rechazar otro de los motivos del recurso que apuntaba a la escasa entidad de la obra para considerarla construcción o edificación a los efectos del artículo 319.1 CP.

Pero si en algo destaca esta sentencia es en el posicionamiento que realiza a favor de la demolición de la obra construida, pudiendo decirse que se trata de una resolución que se decanta claramente a favor de aplicar esta medida en casos en que haya recaído una condena por delito urbanístico (en especial del artículo 319.1 CP) y, además, la obra resultante sea, en todo caso, ilegalizable. Conviene destacar que esta sentencia se hace eco de la doctrina penal según la cual la medida de demolición sería “una consecuencia jurídica del delito” por cuanto sus efectos pueden englobarse en el artículo 110 CP. En consecuencia, se recuerda que no se trata de una pena, sino de una medida dirigida a la restauración del orden jurídico conculcado “y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística”. No se desconoce que la demolición se suele caracterizar como una medida de carácter más civil que penal. Sin embargo, con buen criterio, no parece que en la comentada sentencia se atribuya a la demolición, por completo, una naturaleza civil. A ello hay que sumar que en esta sentencia se considera que la demolición es una medida de carácter facultativo —en la línea de un sector de la doctrina penal— sobre la base del verbo “podrán” presente en el artículo 319.3 CP. Según esta resolución, hay que poner este verbo en relación con la frase “en cualquier caso” para entender que cabe la demolición tanto para el delito del apartado 1.º como para el del 2.º del artículo 319 CP. Es decir, “con independencia de las calificaciones de los suelos sobre los que se

hayan realizado las construcciones o edificaciones cabe la posibilidad de acordarla siempre motivadamente”. En especial, con respecto al requisito de la motivación se establece que “el automatismo no cabe en una decisión de esta naturaleza por el hecho de que exista el delito, siendo obvio que el tribunal penal deberá motivar cuando deniegue la solicitud formulada en tal sentido por alguna de las partes en el proceso”.

Esto sentado, además, en esta sentencia se reitera que el artículo 319.3 CP no señala criterio alguno para ponderar si cabe o no la demolición, si bien en la práctica vienen siendo comunes una serie de indicios a los que apela como, por ejemplo, “la gravedad del hecho, la naturaleza de la construcción, la proporcionalidad de la medida en relación con el perjuicio que causaría al infractor en caso de implicarse sólo intereses económicos [...], etc.”.

En consecuencia, se establece que la “regla general” es 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 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”.

Sobre la base de todos estos razonamientos, el TS concluye que “nos hallamos ante un caso en que la gravedad de la infracción urbanística, la reversibilidad de la obra construida, la condición de espacio natural protegido en que se halla ubicada la parcela y la calificación urbanística de suelo no urbanizable de especial protección constituyen circunstancias más que suficientes para acordar la demolición de lo construido”.

Al margen de declarar la procedencia de la demolición, esta STS destaca por contener un interesante pronunciamiento acerca de la condición de sujeto activo del acusado, promotor de profesión. Básicamente, la Sala se adhiere a la doctrina según la cual no se precisa que el promotor sea un profesional de la construcción para que concurra la condición de sujeto activo que requiere el precepto penal. Con otras palabras, “no se admite, pues, el requisito de la profesionalidad del promotor que postula el recurrente, ya que ni lo requiere la Ley de Ordenación de la Edificación cuando define esta figura, ni tampoco lo prevé el art. 319 CP”. Con ello el TS ratifica la interpretación realizada en el mismo sentido por el tribunal de instancia donde se condena al acusado, sin que para

ello sea obstáculo su falta de condición de profesional. Es importante destacar este posicionamiento porque redonda en apoyo de una postura que prácticamente puede considerarse mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia penales recientes.

Por último, conviene destacar que, según la misma STS, la adopción de aquel criterio respecto al sujeto activo comporta “una mayor protección del bien jurídico que tutela la norma penal: el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de ‘utilización racional del medio orientada a los intereses generales’ (art. 45 y 47 CE); es decir, la obtención de una mayor calidad de vida y de hábitat humano a través de la utilización racional del suelo orientada a intereses generales”.

En la línea de esta sentencia, pueden apuntarse otras resoluciones en las que, asimismo, se revisan condenas donde, además, se había impuesto la medida de demolición. En especial destaca la SAP Albacete (Sección 1.ª) núm. 9/2015, de 14 de enero. En esta resolución se revisa la condena a un promotor que, careciendo de licencia, lleva a cabo la construcción de una vivienda de dos plantas en un terreno de su propiedad, incumpliendo además la orden de paralización acordada por resolución del ayuntamiento competente. Por estos hechos se le condena por un delito del artículo 319.1 CP y un delito de desobediencia del artículo 556 CP. En la Sentencia de la Audiencia Provincial se rechazan los sucesivos alegatos del recurrente relativos a la nulidad de la orden de paralización de la obra y a un posible error de prohibición basado en el presupuesto de que el autor no sabía de la clasificación de los terrenos. Es importante tener presente que este último argumento se rechaza, ante todo, porque el recurrente era promotor, de modo que al ser un profesional de la materia la prueba de que desconocía el requisito de obtener licencia para construir se torna inconsistente. Asimismo, se rechaza el argumento según el cual existían otras viviendas en la misma zona, de modo que no se contempla la posibilidad de un error de prohibición. Más aún, la vivienda objeto de la condena se considera ilegalizable y fuera de ordenación, razón por la cual, asimismo, en la sentencia de instancia se ordenó la demolición a costa del condenado. El recurrente alegó que dicha medida era improcedente en el caso concreto porque “su finalidad debe ser exclusivamente reparadora y no de prevención general y que de mantenerse dicha demolición se contravendría el principio de interdicción de la discriminación respecto de otras construcciones que ya han degradado la zona y respecto de las que no se ha acordado la demolición”. La Audiencia, por su parte, rechaza esta alegación apelando a la reciente doctrina emanada de resoluciones del TS

(vid., en concreto, STS de 21 de junio de 2012) y, ante todo, al convincente argumento de la naturaleza que ha de atribuirse a la demolición. En efecto, como allí consta, se trata de una medida que implica “la restauración del orden jurídico conculcado y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística”.

Por consiguiente, la sentencia ahora comentada se inscribe en la línea de la doctrina mayoritaria actualmente asentada a raíz de múltiples sentencias del TS, de modo que llega a la conclusión de que en el caso enjuiciado la obra estaba completamente fuera de ordenación, sin que existiera la posibilidad de legalizarla o subsanarla al hallarse en una zona de especial protección. También se hace constar la ausencia de una posible modificación del planeamiento. Ello, unido a que el recurrente fue condenado por desobediencia, lleva al juzgador a confirmar que la demolición acordada resultaba plenamente ajustada a derecho.

Otra sentencia que aborda la naturaleza de la demolición es la SAP de Barcelona (Sección 10.<sup>a</sup>) núm. 91/2015, de 15 de enero, que ante todo destaca porque, a pesar de asumir el entendimiento de esta medida, en la línea de las sentencias citadas, concluye rechazando su aplicación para el caso concreto. Ha de partirse del hecho de que en esta sentencia se analiza la condena por un delito del artículo 319.1 CP en relación con el artículo 74.1 CP. Es decir, se condena por un delito continuado sobre la ordenación del territorio a la vista de que el acusado había construido en una finca de su propiedad pero clasificada como suelo no urbanizable de especial protección por su valor agrícola o paisajístico. El acusado solicitó inicialmente una licencia municipal que le fue concedida en 2002 para la construcción provisional de un almacén agrícola a los efectos de rehabilitar una masía ubicada en dicha finca y que estaba en estado ruinoso. Sin embargo, lo que realmente se llevó a cabo fue una serie de construcciones y edificaciones en aquella finca que no estaban amparadas en la construcción autorizada por la licencia de 2002. Así pues, la Dirección General de Ordenación del Territorio suspendió provisionalmente las obras por aquellas construcciones que constituían infracciones urbanísticas graves. El acusado presentó en enero de 2012 un proyecto técnico para la legalización y rehabilitación de las construcciones y edificaciones realizadas que fue admitido a trámite en febrero del mismo año y que, en el momento del juicio ante la Audiencia Provincial, aún estaba pendiente de resolución.

Bajo estas circunstancias, el Ministerio Fiscal solicitó la revocación parcial de la



condena alegando, por una parte, la infracción de la aplicación de las reglas relativas al delito continuado, motivo que finalmente estima la SAP de Barcelona que ahora se comenta. Y, en consecuencia, se elevó el mínimo de la pena de prisión. Por otra, el Ministerio Fiscal planteó la infracción del artículo 319.3 CP, por lo que solicitó la demolición de la obra que el juzgado de instancia no había impuesto. La Audiencia ratifica esta decisión estableciendo que la medida de demolición no es la adecuada por si finalmente la Comisión Territorial de Urbanismo autoriza el proyecto técnico “presentado por el acusado para la legalización y Rehabilitación de la Masía [...] y en definitiva para la legalización de las construcciones y edificaciones realizadas”. Comprobamos, por lo tanto, que en esta resolución se establece un razonable límite a la demolición: la posibilidad, pendiente de resolver en el ámbito administrativo, de la legalización de la obra delictiva. En consecuencia, se entiende que “el art. 115 CP nos brinda un instrumento coherente con este planteamiento, cual es la de diferir a la ejecución de la sentencia la decisión de dicho extremo, es decir, cuando exista la resolución administrativa antes aludida. A tales efectos deberá instarse a dicho organismo para que remita al Juzgado certificación de la resolución administrativa firme que se dicte”. Así, puede apreciarse que en esta resolución se pone en práctica un interesante instrumento de coordinación entre la vía penal y la sancionadora administrativa en materia de ilícitos urbanísticos.

También se refiere a la medida de demolición del artículo 319.3 CP la SAP de Tarragona Sección 2.<sup>a</sup> núm. 23/2015, de 15 de enero. En esta resolución se confirma íntegramente la condena al apelante por un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 CP, al haber llevado a cabo entre 2006 y 2007 unas obras para la ampliación de una caseta de campo de escasas dimensiones, si bien en realidad las obras consistieron en la construcción de un edificio compuesto por planta subterránea, planta baja y primera planta, con garaje y bodega. La finca donde se realizó tenía la calificación de suelo no urbanizable y suelo libre permanente. Ha de tenerse en cuenta, además, que la citada obra obtuvo inicialmente una licencia para la construcción de almacén agrícola, si bien esta se declaró nula por Sentencia de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (Tarragona).

Como se ha avanzado, esta resolución se inscribe en la línea de las anteriores en la forma en que concibe la demolición pues, ante todo, se basa en la evidencia de que la obra era ilegalizable para adoptar la medida del artículo 319.3 CP. Asimismo, se decreta

la reposición de la ilegalidad apreciada “al ser la obra ejecutada incompatible con la ordenación urbanística y, además, en el presente caso carente de legalización administrativa posterior, de una parte porque la licencia urbanística otorgada lo fue para un almacén agrícola y fue posteriormente anulada y, por otra, porque difícilmente la legislación urbanística presenta visos de modificación cuando nos hallamos ante un espacio protegido”. No obstante, frente a los razonamientos de sentencias anteriormente comentadas, en esta se entiende que la demolición “equivaldría a la reparación del daño mediante la imposición de una obligación de hacer prevista con carácter general en el art. 112 del mismo Código”. Es decir, concibe la demolición como una medida vinculada a la responsabilidad civil derivada del delito, sin plantearse las alternativas que sí analizan las anteriores resoluciones.

Por lo demás, en esta sentencia también se rechazan los argumentos del recurrente relativos a un error de prohibición, lo que, de nuevo, permite advertir las dificultades para apreciar esta clase de error respecto a los delitos contra la ordenación del territorio. Y, por último, resulta interesante reparar en que claramente esta resolución se decanta por conceptuar el delito del artículo 319 CP como un delito permanente en la línea de diversas resoluciones del Tribunal Supremo (vid. STS 1182/2006, de 29 de noviembre). Este entendimiento del delito le sirve de premisa a la Audiencia Provincial para constatar la fecha de prescripción del delito, ratificando el criterio de que el delito analizado no estaba prescrito.

Precisamente respecto a la prescripción de los delitos sobre la ordenación del territorio, han recaído algunas sentencias como, en particular, la SAP de Madrid (Sección 17.<sup>a</sup>) núm. 60/2015, de 5 de febrero. En esta se analizan, entre otras cuestiones jurídicas, el problema de determinar *dies a quo* para el cómputo de la prescripción en los delitos urbanísticos, así como la posibilidad de que los delitos del apartado 1.º y 2.º del artículo 319 CP entren en concurso de normas o de delitos.

Pues bien, hay que partir de que en sede de Audiencia Provincial se recurre la condena a cuatro personas, dos de ellas socios de una entidad mercantil (respectivamente, el administrador y el apoderado de la entidad) a la que el representante de otra sociedad mercantil y también condenado le había encomendado la tarea de construir unas viviendas. Bajo la administración y dirección de aquellos, la primera mercantil procedió, en fechas no determinadas pero antes de marzo de 2001, a realizar unas obras de rehabilitación de varias edificaciones destinadas a caballerizas y a dependencias. Las

obras supusieron la reforma integral de las construcciones preexistentes, aunque no se probó que se incrementaran ni la superficie ni el volumen. Esta finca estaba clasificada como suelo no urbanizable de protección.

Por otro lado, en las mismas fechas se procedió al recubrimiento de hormigón de un camino ubicado al norte de las viviendas que se halla dentro de los límites de un parque regional, declarado zona no urbanizable de especial protección. Todos estos aspectos eran conocidos por los acusados, quienes no solicitaron ni, por lo tanto, obtuvieron licencia para la realización de las obras. Asimismo, el Ayuntamiento competente dictó un decreto que disponía la inmediata paralización de la obra de la finca. En fechas inmediatamente posteriores solo se realizaron las tareas indispensables para la conservación y seguridad de lo ya edificado, que consiste en unas viviendas habitadas, pues la obra se concluyó en fechas no precisadas pero antes del 28 de septiembre de 2004.

Por estos hechos se condenó a cuatro de los acusados como autores por un delito contra la ordenación del territorio y, asimismo, se les absolvió por un delito de desobediencia y otro delito contra la ordenación del territorio.

En la revisión de esta sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid concluye absolviendo a los recurrentes de aquel delito contra la ordenación del territorio ante todo por vulneración del principio acusatorio, al condenarse sobre la base de una modificación de la calificación jurídica de los hechos realizada en el trámite de conclusiones definitivas por el Ministerio Fiscal, que incorporó a su escrito de calificación, entre otras consideraciones, junto a la construcción de las cuatro viviendas en la finca, la construcción por parte de los acusados de un vial. A la vista de ello, el juez diferenció la existencia de dos tipos penales (uno del artículo 319.1 CP y otro del artículo 319.2 CP), lo que rompía la imputación inicial, en la que los hechos solo encajaban en el delito del artículo 319.1 CP. En definitiva, por todo ello la Audiencia Provincial entendió que al cambiar la calificación de los hechos se debía haber atendido al trámite del artículo 788.4 LECRiM, pero, al no respetarlo, se actuó sin cobertura legal. Por ello, se estima el motivo de vulneración del principio acusatorio.

Sentado lo anterior, el tribunal sigue analizando otros aspectos del recurso interpuesto, de modo que resulta interesante reparar en cómo delimita el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción. Con buen criterio no acoge el criterio de los recurrentes, que

pretendían situar el *dies a quo* al comienzo de la construcción de las obras supuestamente delictivas, sino que determina que dicho plazo empieza a computarse desde “el momento de su finalización”. Lo cierto es, no obstante, que con precisión el *dies a quo* habría de fijarse el día de la consumación del delito. Y puesto que, según doctrina y jurisprudencia mayoritaria, los delitos del artículo 319 CP (1 y 2) son de mera actividad y, desde la perspectiva de su consumación, son delitos permanentes, habrá que estar al momento de la terminación de la consumación. En concreto, al momento en que se realiza el último acto de construcción o edificación, sin que ello coincida, en todo caso, con el momento de la finalización de la obra. Es decir, puede darse el caso de una obra inacabada que, sin embargo, permita advertir la consumación de un delito del artículo 319 CP.

En otros casos, puede suceder que el momento de la consumación coincida con el momento de la finalización de la obra y entonces será posible determinar que esa fecha se computa como el *dies a quo*. En la sentencia comentada sucede algo similar. De hecho, en esta sentencia se indica que los recurrentes no tenían razón en cuanto a que el *dies a quo* no podía situarse en el año 2000, sino en el momento en que había finalizado “el recubrimiento del hormigón impreso en el camino”, es decir, en marzo de 2001. Pese a lo anterior, la Sentencia da la razón a los recurrentes “en lo que se refiere a la prescripción del delito, por lo que más allá de la vulneración del principio acusatorio la imputación por dicho delito (sic. 319.1 CP) en todo caso estaría prescrita al haber sido conocida por los acusados por primera vez en el trascurso de la vista oral dado que en ninguna de las declaraciones de la fase de instrucción judicial fueron interrogados sobre dato alguno relativo al viario”.

Por otro lado, con respecto al otro delito por el que se había condenado a los recurrentes, esto es, el delito del artículo 319.2 CP, la Sentencia de la Audiencia Provincial considera que en modo alguno los hechos estaban prescritos. Además, realiza una declaración en la que trata de diferenciar dos bienes jurídicos protegidos en, respectivamente, cada uno de los apartados del artículo 319 CP (1 y 2). Es cuestionable que se protejan dos bienes jurídicos diferenciados en aquellos párrafos del artículo 319 CP, por más que, a la vez, se defienda que son dignos de protección. Parece que la Sentencia se refiere más bien a que son tipos que protegen distintas clases de suelo, de lo cual en efecto no cabe ninguna duda. Aquella diferenciación que realiza la Sentencia sirve ante todo para rechazar la progresión delictiva a la que se refería el juez de

instancia para justificar el concurso de normas. Este rechazo es, sin embargo, discutible. Y, en todo caso, no es trascendente a la hora de llegar a la conclusión que, finalmente, esta sentencia arroja y que no es otra que absolver a los acusados por el delito del artículo 319.2 CP al no haberse formulado acusación por este, con lo que se respeta el principio acusatorio.

En otro orden de cosas, la SAP de les Illes Balears (Sección 1.<sup>a</sup>) núm. 22/2015, de 23 de enero, también plantea cuestiones de interés sobre los delitos contra la ordenación del territorio. Básicamente, el problema principal atañe a la sucesión de leyes penales en el tiempo, pues el condenado por un delito sobre la ordenación del territorio del artículo 319.1 CP —según una sentencia dictada en diciembre de 2013— recurre su condena, de modo que, cuando la Audiencia Provincial de Baleares debe resolver en 2014, tiene en cuenta la entrada en vigor de la LO 5/2010. Y por ello mismo se le plantean dudas acerca de si esta reforma penal suponía una nueva ley penal más favorable para el reo, puesto que a raíz de esta en el artículo 319.1 CP se cambia la referencia a determinadas obras “no autorizadas” por “no autorizables”. Pese a que la Sentencia no es todo lo clara que sería deseable a este respecto, parece asumirse que las obras por las que se condenó al recurrente eran no autorizables. Así, se llega a afirmar que “la valoración racional de la prueba practicada contradictoriamente en plenario [...] determina que no pueda afirmarse sin lugar a dudas racionales, que las obras acometidas —sin licencia— [...] tales obras no sean legalizables”. A consecuencia de lo anterior, el tribunal determina que “nos conduce a dudar seriamente de que la norma más favorable para el acusado fuera la contenida en la redacción original —antes de su reforma— del art.319.1 del Código penal”. Pues bien, sobre la base de dichas dudas, junto al hecho de que “la constatación de que la declaración de la zona en la que se asienta el hotel de Lugar de importancia comunitaria o de Zona de Especial protección para aves —ZEPA— no afectaba a la calificación o clasificación del suelo a efectos de la ordenación del territorio, sino que era trascendente desde el punto de vista medioambiental”, el tribunal llega a la razonable conclusión de que hay que absolver al recurrente, siguiendo el criterio del principio *in dubio pro reo* directamente vinculado a la presunción de inocencia. En consecuencia, estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, con la consiguiente absolución del acusado por el citado delito del artículo 319.1 CP.

Por último, la SAP de Cáceres (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 94/2015, de 5 de marzo, se pronuncia en sentido similar al de la anterior sentencia por cuanto tampoco admite el carácter

“autorizable” de una construcción. En ella se enjuicia un recurso contra una sentencia por condenas a las penas de un delito contra la ordenación del territorio, imponiendo además la demolición.

Pese a que los dos condenados recurren la Sentencia alegando que no concurre el requisito del carácter “no autorizable” de la construcción exigido por el artículo 319 CP, el tribunal razona con claridad que dicho elemento del tipo penal sí que se ha cumplido. Así, es interesante comprobar que el tribunal es contundente al respecto: “En primer lugar, hay una situación objetiva insoslayable, y es que la parcela no tiene ni de lejos la dimensión mínima para construir, porque aun admitiendo la dimensión de 4.000 metros de los que habla la parte, y no de los menos de 3.000 metros que constan en el catastro, en todo caso le resta para llegar a esa unidad mínima, 11.000 metros, esto es dos veces más la dimensión de la parcela mínima. La autorización, cuando no se llega a esa dimensión mínima, la propia norma, y así consta en el informe de la Junta en que se basa al apelante, es excepcional y siempre que reúna una serie de requisitos, pero debemos de comenzar apuntando que exige un cambio de calificación urbanística, cambio que debe ser previo a la construcción y no posterior, ese cambio no consta, por lo que ya partimos de la misma conclusión a la que llega el juzgador ‘a quo’, la no autorización de una obra que se ha hecho en un suelo que no está calificado como apto para una construcción. A más de ello, y después de ese cambio de calificación, tiene la construcción que cumplir otra serie de requisitos, requisitos que la parte afirma, pero sobre los que no hay la más mínima acreditación, sin que podamos admitir, como se pretende, que nos encontramos ante una caseta de aperos, vinculada a una explotación rústica, ni siquiera se ha intentado acreditar que el propietario de esa nave sea un profesional de la agricultura, además a título principal, como sería exigible para esa autorización, ni en la parcela que se ubica la nave es una explotación agrícola, ni por los metros que tiene, muy inferior a la unidad mínima de cultivo para la zona, y donde además por las fotografías aportadas se constata que la misma está baldía. Todo ello nos lleva ya a desestimar este alegato de autorizable de la obra partiendo de los requisitos generales”.

Por otro lado, en esta misma sentencia se confirma la concurrencia del “elemento subjetivo del injusto” que los recurrentes trataban de negar. Básicamente, la Audiencia Provincial admite la concurrencia del dolo sobre el siguiente dato relativo a uno de los acusados y que consta como hecho probado en la causa: “[...] que acudió al

ayuntamiento a preguntar, y que el alcalde le dijo que allí no se podía construir, ello es suficiente para, al menos, considerar que hay un dolo eventual, esto es, aunque admitiéramos la versión de esa parte de que el alcalde, aunque le dijo que no se podía construir, y que él no podía dar licencia, a la vez le dijo que si nadie decía nada, él no haría nada, constituye ese dolo eventual, el acusado sabe y conoce que no se puede construir, e incluso sabe que si hay alguna denuncia puede llevarle a la situación en que se encuentra ahora mismo; y aún así, decide correr el riesgo y construir, ello colma los requisitos exigidos para un dolo suficiente para cometer conscientemente una acción que sabe contraria a derecho, y por lo tanto, ese elemento, en este particular, concurre desde el primer momento”. En la línea de otras muchas sentencias, la Audiencia aprecia de forma menos exigente la concurrencia del dolo en su modalidad de “eventual” respecto del otro acusado dado que era constructor de profesión, de modo que “en el caso de un profesional de la construcción que sabe y conoce que no se puede construir sin licencia, que ni siquiera se asegura de que esa licencia se ha dado ni siquiera pedido, volvemos a encontrarnos ante un dolo, al menos, eventual, que en este caso no puede alegar ni error de prohibición”.

Por todo lo anterior y tras ratificar la medida de demolición, en esta sentencia de 5 de marzo de 2015 se desestima el recurso de apelación de los recurrentes y se confirma íntegramente la resolución de condena a estos conforme al artículo 319 CP.

Con relación a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, las sentencias recaídas durante este período hacen referencia al artículo 325, en su modalidad de contaminación acústica y de contaminación atmosférica, y al establecimiento de depósitos de residuos tóxicos o peligrosos del artículo 328.1 CP.

En cuanto a los supuestos de contaminación acústica, los hechos enjuiciados en las dos sentencias que cabe comentar aquí se refieren a la situación más común en este ámbito: la emisión de ruidos por parte de locales de ocio. La STS núm. 858/2014, de 17 de diciembre, condena a los administradores de un bar musical sin licencia administrativa, con incumplimiento de sucesivos requerimientos de cese de la actividad. Resulta probado que la exposición prolongada de los vecinos a los ruidos emitidos tuvo como consecuencia trastornos de sueño importantes, insomnio, estrés, cansancio crónico, ansiedad, irritabilidad, cefaleas, depresión, enfermedades cardiovasculares, cambios

conductuales con comportamientos antisociales o el agravamiento del cuadro de diabetes e hipertensión que alguno de ellos padecía.

La Sala pone de manifiesto, no sin cierto aire de reproche, la debilidad de los argumentos utilizados en la vía casacional por parte de la defensa. Así, por ejemplo, la alegación de infracción de precepto constitucional por vulneración del principio de legalidad únicamente para cuestionar el concretísimo aspecto de la tipificación de la zona de emplazamiento del bar; el argumento de no existir constancia en la sentencia de instancia sobre qué extremo de la Directiva comunitaria 49/2002/CEE resulta infringido; o la alegación de la obtención de la licencia ambiental por silencio positivo.

Respecto a la Directiva comunitaria, es interesante traer aquí la cuestión puesto que tiene relación con sus limitaciones cuando se trata de integrar normas penales en blanco. A ningún jurista se le escapa la naturaleza de una directiva, que precisa de la trasposición al derecho de los Estados miembros, y conocidos son también los límites de su eficacia directa en materia penal, establecidos en su día por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Por ello, la Sala considera que “se trata de un modo de discurrir francamente falaz”, recordando a la parte recurrente que la Directiva “responde a la finalidad de crear un marco común para las legislaciones de los países de la Unión en materia de protección del medio ambiente frente a las emisiones sonoras, a cuyo efecto se establece todo un elenco de parámetros a los que las mismas deberán ajustarse. Así, en este sentido, la Directiva no prescribe de forma inmediata en el caso concreto, sino que, dirigida a los estados miembros, su aplicación se produce mediatamente a través de la normativa creada por estos, aquí la española general, la autonómica y la municipal, a las que hay que estar”.

Conceptos jurídicos básicos son también los que la Sala debe recordar con relación a la pretensión de obtención de la licencia ambiental por silencio positivo: “[...] la obtención de una licencia como la de que se trata, por silencio positivo, exige el cumplimiento de determinados requisitos, algo que no se dio en este caso; en el que, sin embargo, desde el inicio de la actividad, ésta se distinguió por incurrir en el incumplimiento sistemático de importantes requerimientos normativos en materia ambiental”.

Desde el punto de vista de la interpretación del delito ecológico, más interesante resulta la STS núm. 713/2014, de 22 de octubre, también relativa a un supuesto de



contaminación acústica, en este caso por los ruidos emitidos por los aparatos instalados, las conversaciones y demás ruidos provocados por el funcionamiento de la terraza de un bar abierto al público. Cuando se trata del bien jurídico protegido por el artículo 325 CP, el debate suele estar en la interpretación más o menos antropocéntrica que se puede conferir al tipo en función de si se considera el equilibrio de los sistemas generales y la salud de las personas como bienes jurídicos alternativos o si el riesgo grave para la salud de las personas se considera un subtipo agravado que, en todo caso, debe partir de la necesaria existencia de peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales, como tipo básico. La sentencia comentada, centrándose en la cuestión de la salud de las personas, introduce otro matiz al debate cual es el concepto de calidad de vida, trayendo a colación para ello una sentencia anterior: “[...] la STS del Tribunal Supremo Sala Segunda nº 152/2012 de 2 de marzo afirma que lo arriesgado puede ser tanto la salud de las personas como su ‘calidad de vida’ en función de las condiciones naturales del ecosistema. Y por lo que concierne a la constancia de ese peligro cabe recordar, como hace esa sentencia que 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”.

Con relación a otras formas de contaminación, especialmente interesante resulta la SAP Madrid (Sección 3.ª) núm. 711/2014, de 4 de diciembre, por el sector de actividad afectado, las personas consideradas responsables penalmente o las consideraciones realizadas en materia de responsabilidad civil. 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 autorización necesaria 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

la fragmentación de estos introduciéndolos junto con otros residuos metálicos en la máquina trituradora de gran capacidad que tenía 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.

El Ministerio Fiscal reputa como autores de un delito ecológico a los responsables de la empresa que trituraba de forma ilegal los frigoríficos, al responsable de la empresa que los transportaba a sus instalaciones y a los responsables de las distintas empresas proveedoras, entre las que se encontraba la empresa que actuaba como concesionaria del Ayuntamiento de Madrid, que se hacía cargo, entre otros residuos, de la totalidad de los frigoríficos que procedían de los puntos limpios y de la recogida de voluminosos en la vía pública del Ayuntamiento de Madrid. Esta empresa tenía la obligación de enviar los residuos peligrosos a un gestor autorizado para su tratamiento o valorización.

Los fundamentos de derecho de la Sentencia se centran, en primer lugar, en los elementos típicos del delito, haciendo especial hincapié en la naturaleza de peligro hipotético del delito ecológico y la exigencia de gravedad de este. Dadas las consecuencias que tiene en materia probatoria, en más de una ocasión en estas crónicas habíamos expresado la extrañeza ante la todavía calificación del artículo 325 CP como delito de peligro concreto por parte de sentencias recientes, a pesar de la reforma de la redacción típica operada en 1995 y la consolidación de la tesis doctrinal que califica este delito como de peligro hipotético. Esta sentencia, además de aportar claros argumentos doctrinales y jurisprudenciales para defender la naturaleza de peligro hipotético, alude a la postura jurisprudencial anterior y, en cierta forma, la justifica: “La reiterada calificación jurisprudencial como delito de peligro concreto tenía la finalidad de poner de relieve la necesaria distinción entre el tipo delictivo y las infracciones administrativas correlativas, destacando para ello que el delito contra el medio ambiente no podía configurarse como delito de peligro abstracto ‘stricto sensu’. Ha de tenerse en cuenta que cuando esta configuración jurisprudencial se inició, la categoría intermedia de los delitos de peligro hipotético no se encontraba todavía plenamente consolidada en la doctrina penal española. Pero, aunque nuestra jurisprudencia haya calificado formalmente hasta fecha reciente esta modalidad delictiva como de peligro concreto, en realidad los criterios utilizados para determinar la concurrencia del peligro eran desde hace tiempo más propios de los delitos de peligro hipotético o potencial que de los

delitos de peligro concreto, en sentido estricto”.

En el caso enjuiciado, es precisamente la configuración del delito como de peligro hipotético lo que llevará a la Sala a absolver a algunos de los acusados (proveedores de frigoríficos). Así, la Sala concluye: “[...] los acusados efectivamente remitían frigoríficos a la empresa [...]. Ahora bien, no constan en la causa datos que permitan cuantificar el número de los aparatos de esta naturaleza, y la sola realización de una estimación cuantitativa resulta insuficiente para configurar una sólida prueba de cargo, máxime si se tiene en cuenta que el tipo aplicado lo es de peligro hipotético o de idoneidad, que requiere la prueba de la naturaleza potencialmente peligrosa de la conducta realizada”. Hay que decir que la Sentencia es especialmente prolija en el detalle de los elementos de prueba tenidos en cuenta para alcanzar el fallo.

Otra cuestión planteada en la Sentencia es la relativa a la agravante de clandestinidad. En este aspecto, la Sala aplica doctrina jurisprudencial ya consolidada, considerando que no puede entenderse que la conducta carezca de clandestinidad por la razón de contar con una habilitación administrativa para la gestión de residuos no peligrosos, tal y como pretendían los recurrentes.

La Sala condena como autores del delito al administrador de la empresa que trituraba los frigoríficos; a su hijo, que actuaba como gestor encargado de las compras y ventas; y al responsable de la empresa proveedora que actuaba como concesionaria del Ayuntamiento de Madrid, si bien en este último caso con apreciación de la atenuante del artículo 340 CP solicitada por el Ministerio Fiscal y acordando, de acuerdo con la petición de la defensa y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 88 del Código Penal, la sustitución de la pena privativa de libertad por la de multa.

Asimismo, la Sala considera cooperadores necesarios al encargado general de la empresa trituradora y al responsable de la empresa de transporte. Para ello, parte del criterio de que “lo determinante para establecer el signo diferenciador, entre la cooperación necesaria y la complicidad no es ya el concierto de voluntades, común a los dos grados delictivos, sino la eficacia, la necesidad y la trascendencia que la actividad desplegada haya tenido en el resultado producido”.

Con relación a la responsabilidad civil derivada del delito, es particularmente interesante conocer el criterio adoptado para su cuantificación. La Sala estima oportuno acoger el criterio seguido por los peritos de atender a la comparación de los gases

emitidos con el CO<sub>2</sub> equivalente a la vista del valor de mercado de los derechos de emisión de CO<sub>2</sub> y otros gases de efecto invernadero, actualizado al año 2013.

Dado el interés de este tipo de argumentación, merece la pena reproducir la motivación y el cálculo realizado por la Sala:

Tal y como expresan los peritos, la cantidad mínima de los gases que se puede retirar mediante el reciclaje adecuado de los frigoríficos viene a ser de una media pericialmente obtenida de entre 350 y 403,4 gramos por aparato, de los que un 16,2 % están en el circuito, albergándose un 83'8 % en las espumas inyectadas. Dichas cantidades de gases han sido pericialmente transformadas, mediante el correspondiente cálculo científico por aplicación de su “Potencial de Calentamiento Global, GWP”, en la cantidad de CO<sub>2</sub> equivalente, que es la medida que se utiliza por el IPCC Second Assessment Report 1995, para estandarizar el cálculo de la incidencia de una actividad en el calentamiento global y el efecto invernadero. El efecto de los gases citados sobre el medio ambiente se puede determinar así a partir de términos comparativos sobre los conceptos ODP de Potencial de agotamiento del ozono (PAO) y del Potencial de calentamiento global (GWP o PCG). El ODP es la relación de los efectos de un gas en comparación con el impacto de una masa similar de R11. Es común que para estimar los efectos de los gases en la atmósfera se efectúe una comparación con el CO<sub>2</sub> en peso, gas que se constituye como el referente para estimar el daño generado en relación con el efecto invernadero. La acusación considera que en el período señalado se fragmentaron un número de 7.066 aparatos, y como su consecuencia se liberaron a la atmósfera entre 10.678 y 14.788 toneladas de CO<sub>2</sub> equivalente. El daño ambiental causado se valoró pericialmente en una cantidad entre 191.947 y 265.893 euros, y la acusación para fijar el perjuicio total acoge la cifra media de 228.920 euros.

A este respecto, la Sala entiende apropiado atender a la cifra mínima del arco propuesto por los peritos, por ser el más favorable a los acusados; por tanto 10.678 toneladas de CO<sub>2</sub> equivalente, y un perjuicio correlativo de 191.947 euros. Dado que el número de aparatos cuya fragmentación ha resultado demostrada asciende a la cantidad de 2.236, aplicando la correspondiente regla de tres las toneladas liberadas a la atmósfera fueron 3.378, y el perjuicio material causado asciende a 60.722 euros.

La última sentencia relativa a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente que cabe destacar en esta crónica es la SAP Barcelona (Sección 8.<sup>a</sup>) de 3 de

noviembre de 2014 (no consta el número de la Sentencia). Los hechos probados hacen referencia a la existencia, en las instalaciones de una empresa que había cesado su actividad industrial, de centenares de bidones y envases repartidos de forma caótica por los terrenos de la fábrica, muchos de ellos a la intemperie y etiquetados defectuosamente. Algunos contenían materias primas tóxicas o peligrosas, otros contenían residuos, y otros estaban vacíos pero contaminados. Algunos de los bidones estaban en muy mal estado de conservación, hasta el punto de que se producían fugas de los productos que contenían.

El Ministerio Fiscal imputó al acusado un delito del artículo 325 CP con la concurrencia de la circunstancia agravante del artículo 326 b) CP. Sin embargo, a pesar de la existencia de fugas en los bidones, tanto por falta de precisión de las acusaciones en cuanto a la cantidad y naturaleza de los vertidos como por la falta de constancia de peligro grave derivado de esos vertidos, la Sala considera que el acto en el que debe centrarse es el almacenamiento de sustancias en el recinto de la empresa, lo que abre la posibilidad de calificar los hechos como un delito de establecimiento de depósito ilegal de desechos o residuos tóxicos o peligrosos del artículo 328 CP, justificando que en el caso concreto no se compromete el principio acusatorio pues “tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional admiten la aplicación de tipos penales que no hayan sido expresamente alegados por las acusaciones cuando entre esos tipos y los alegados exista una homogeneidad estructural, con identidad en los hechos y una respuesta punitiva más beneficiosa que la que hubiera correspondido en caso de mantenerse la calificación jurídica sostenida por la acusación, de manera que se respete el derecho a un proceso justo y no se cause indefensión al acusado (entre otras, SSTS 655/2014 de 15 de octubre, y 781/2003 de 27 de mayo; y STC 12/1981 de 10 de abril)”.

La Sentencia analiza la relación entre el artículo 325 y el artículo 328 CP (en la redacción vigente en el momento de la comisión de los hechos) por lo que se refiere a la conducta de establecimiento de depósitos contemplada en ambos preceptos. Rechaza la teoría de la mera duplicidad como consecuencia de una mala técnica legislativa y descarta también algunos criterios tratados por la jurisprudencia como pueden ser: 1) la no exigencia de infracción administrativa en el caso del artículo 328 CP (porque sería contrario al principio de unidad del ordenamiento jurídico); 2) la aplicación del concurso de normas del artículo 8.4 CP a favor de la infracción más grave (porque se vaciaría de contenido el artículo 328 CP); 3) la tesis que apunta a que el artículo 328 CP

castigaría la conducta consistente en preparar un depósito para almacenar indebidamente sustancias tóxicas o peligrosas, pero sin llegar a utilizarlo (porque conduciría a incomprensibles lagunas de punibilidad en aquellos casos en que el depósito llega a ser utilizado pero no se cumplen los demás requisitos del artículo 325 CP); y 4) la tesis que encuentra la nota diferenciadora en la producción o no de vertidos y contaminación. Con relación a este último criterio, resulta interesante señalar que la Sala destaca que en aquellas resoluciones en que es utilizado (una de ellas, la STS 323/2014, de 15 de abril, comentada en la última crónica) “sirve para excluir del art. 328 CP aquellos casos en los que, además de existir un depósito, se ha producido un vertido; lo cual no significa que cuando no se produzca vertido y contaminación haya que aplicar siempre el art. 328 CP y no el 325, pues el art. 325 CP no exige la producción de un resultado de contaminación, ya que es un delito de peligro que se puede consumir por la sola situación de riesgo”.

La Sala, acogiéndose a lo apuntado en la citada STS 323/2014, concluye que la diferencia entre los artículos 325 y 328 CP ha de radicar en la gravedad de la conducta, que deberá valorarse a la luz de las diversas circunstancias concurrentes. Sin embargo, hay que señalar que ambas resoluciones difieren en algo relevante. Mientras que en la sentencia aquí comentada se considera que la falta de concreción de la norma infringida “no implica que se haya creado indefensión al acusado, pues es suficiente la mención genérica de la norma, según reiterada doctrina jurisprudencial”, cabe recordar que en la crónica anterior destacábamos que la STS 323/2014 se apartaba de dicha doctrina jurisprudencial, considerando en ese caso la falta de concreción de la norma infringida como una lesión del derecho de defensa.

Con relación a la norma infringida, también en esta ocasión la Sala recuerda que “aunque se citen en los escritos de acusación, no pueden tenerse en cuenta las Directivas dictadas por la Unión Europea que no hayan sido traspuestas al Derecho español”, citando jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo.

Las circunstancias que determinan la menor gravedad de la conducta y su subsunción en el artículo 328 CP son: 1) la naturaleza de la norma infringida (se dice que la propia Agència de Residus de Catalunya calificó la infracción como grave y no como muy grave); 2) el hecho de que el depósito se fuera formando como consecuencia de la gestión no adecuada de las materias primas y de los residuos, sin que hubiera una

voluntad inicial de crear un depósito de residuos tóxicos; 3) el hecho de que las materias y los residuos estaban dentro de bidones o envases, y no directamente sobre el suelo, y una parte de estos sobre suelo asfaltado; y 4) el hecho de que no hubiera un incremento progresivo y continuado del depósito, sino que de él se fueron retirando envases y residuos (aunque no en la medida suficiente para evitar la infracción de la normativa ni para evitar el riesgo medioambiental).

Por lo que se refiere al elemento subjetivo del delito, la Sala parte de que “el dolo en esta clase de delitos, en su modalidad omisiva, existe cuando no se toman medidas para evitar la realización del tipo”. Ante la alegación de la defensa de que no se pudo gestionar correctamente los residuos por falta de posibilidades económicas, la Sala estima que si se instó el concurso de acreedores en 2010, podría presumirse que hasta entonces no existía una situación de insolvencia, por lo que no pueden extrapolarse los problemas económicos al año 2007. Y todavía afirma: “En cualquier caso, y aún aceptando a efectos dialécticos la hipótesis de falta de medios económicos, tal argumento podría ser válido para justificar la no contratación de empresas externas para la gestión de los residuos, pero no justificaría el peligro creado por la forma en que estaban almacenados esos residuos, ya que no se requería la intervención de terceros para un correcto almacenamiento, de forma ordenada, bajo techo, en una zona asfaltada, con un etiquetado correcto, etc.”.

Finalmente, hay que mencionar que el hecho de que la retirada de los residuos y la limpieza de los terrenos se efectuaran cuando ya estaba gestionada por los administradores concursales impide la estimación de la atenuante de reparación del daño. La Sala recuerda en este sentido que “la atenuante de reparación del daño requiere que dicha reparación derive de ‘una conducta personal del culpable’ (SSTS 1414/2011 de 27 de diciembre, y 1006/2006 de 20 de octubre), lo que implica que no concurre la atenuante cuando la reparación ha sido efectuada por un tercero”.

En cuanto a los delitos relativos a la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos, las resoluciones pronunciadas durante el período temporal que abarca esta crónica jurisprudencial versan sobre la aplicación de los delitos tipificados en los artículos 335.2, 336 y 337 CP.

En relación con el delito que prohíbe la caza o pesca en terrenos sometidos a régimen

cinagético especial sin permiso de su titular (art. 335.2 CP), destacamos la SAP de Madrid (Sección 6.<sup>a</sup>) núm. 37/2015, de 22 de enero, por la que se procedió a revocar la Sentencia del juez a quo absolutoria de un delito de caza furtiva. La Sentencia de la Audiencia Provincial recuerda que el tipo del artículo 335.2 constituye una modalidad delictiva autónoma respecto de los artículos 334 y 335.1 y que, por lo tanto, tiene como requisitos, además de la acción de cazar, que dicha acción se realice en zona sometida a régimen cinagético especial y que se carezca de permiso del titular del terreno. La conducta prevista en el artículo 335.2 CP concurre por el mero hecho de realizar dicha acción de cazar, sin que sea preciso que se llegue a cobrar pieza alguna. En consecuencia, y puesto que se da por acreditado que los imputados soltaron los perros detrás de una liebre, a pesar de que no lograran cazar ninguna pieza, y aun cuando no haya quedado acreditado que la caza de la liebre estuviera prohibida en la fecha de hechos, se condena a los acusados por un delito de caza furtiva a la pena de tres meses y un día de multa y a la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar por tiempo de un año y un día.

Abundan nuevamente en este período las sentencias relativas a la caza de especies de fauna silvestre mediante determinados métodos que dificultan la selección previa de las presas. En concreto, las sentencias revisadas analizan si la aplicación de métodos de caza conocidos como “liga”, “barraca con vesc” o “parany” resultan sancionables en el orden penal por la vía del artículo 336 CP, llegando las diversas sanciones a soluciones no siempre coincidentes. En este sentido, la SAP de Tarragona (Sección 2.<sup>a</sup>) núm. 25/2015, de 15 de enero, absuelve al acusado de los hechos imputados y mantiene el criterio ya adoptado por el juez a quo. Es importante señalar que los hechos que resuelve la citada sentencia se remontan al año 2009, cuando el acusado fue sorprendido por agentes rurales mientras utilizaba el método de caza conocido como barraca con “vesc” y reclamo eléctrico, hallándose en la barraca un ejemplar vivo de *tallarol de casquet*, especie protegida pero que no se encuentra en peligro de extinción. Habiéndose producido los hechos en fecha anterior a la reforma penal de 2010, que modificó la redacción del artículo 336 CP, el tribunal resuelve aplicando el criterio ampliamente extendido entre la jurisprudencia menor en Cataluña con carácter previo a la reforma penal y que parte de la base de considerar que los métodos de caza que emplean liga o vesc no tienen la eficacia destructiva que requiere el artículo 336 CP. En este sentido, el tribunal sostiene que lo que caracteriza los medios de caza tipificados en el artículo 336,



y en particular el veneno y los explosivos expresamente previstos en la descripción típica de la conducta, es su potencialidad lesiva intrínseca no solo por su carácter no selectivo e indiscriminado, sino por el imposible reverso de la situación o por la imposibilidad de controlar sus efectos. En la Sentencia se sostiene que el uso de la liga y el posterior empleo de disolventes, a pesar de tratarse de métodos prohibidos por la normativa administrativa, carecen de semejante potencialidad destructiva del medio natural pues ni se causa per se la muerte de los ejemplares capturados, ni sus efectos mortales pueden considerarse incontrolados, irreversibles o acumulativos, ni provocan estragos en la preservación de la fauna en una zona más o menos localizada.

Por su parte, entre las sentencias con fallo condenatorio se hallan la SAP de Castellón (Sección 1.ª) núm. 431/2014, de 14 de noviembre, o la SAP de Badajoz (Sección 3.ª) núm. 30/2015, de 13 de febrero, ambas favorables a desestimar la apelación y mantener la sentencia condenatoria dictada por el juez a quo. La condena se fundamenta en estas sentencias en el hecho de que tras la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, el artículo 336 amplía la conducta típica, que viene a incluir ahora tanto el empleo de métodos de caza o pesca que tengan eficacia destructiva como la utilización de medios que no sean selectivos. Se cataloga la liga como un método de caza no selectivo por cuanto no permite controlar ni la clase ni el número de aves que en un determinado momento pueden llegar a caer por efecto de la sustancia empleada, lo que únicamente puede llegar a conocerse a posteriori, después de la captura.

Finalmente, concurren en este período por lo menos dos sentencias en supuestos de maltrato animal del artículo 337 CP. La SAP de Ciudad Real (Sección 1.ª) núm. 135/2014, de 7 de noviembre, mantiene la condena de seis meses de prisión impuesta en primera instancia. El tribunal desestima el recurso presentado por la defensa al dar por probado que el imputado, molesto por la presencia en su terreno del perro propiedad de Ángel, decidió quitarle la vida, persiguiéndolo con tal fin en su furgoneta hasta darle alcance, lesionarlo y finalmente pasar varias veces sobre él con el vehículo hasta conseguir matarlo. Sí admite en este caso la Audiencia el recurso presentado por la acusación, reconociendo que la muerte del animal comporta un daño moral para su propietario y fijando para este una indemnización de 2.500 euros que el juez de lo penal no consignó en su sentencia.

Por su parte, la SAP de Lugo (Sección 2.ª) núm. 220, de 5 de diciembre, desestima el recurso de apelación interpuesto por la defensa de la parte acusada y mantiene la

condena a una pena de multa para el sujeto que ató una oveja por el cuello al guardabarros de un camión, lo que provocó el fallecimiento de esta por asfixia, habiendo sido motivada tal actuación por las malas relaciones que mantenía el imputado con los propietarios de los animales.