

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

Entre el mes de abril y octubre de 2015, recayeron escasas resoluciones del Tribunal Supremo que versaran, con carácter prioritario, sobre los delitos contra la ordenación del territorio. De hecho, cabe reseñar el Auto del Tribunal Supremo, Sección 1.^a, núm. 4459/2015, de 2 de junio. Mediante este auto se declara no haber lugar a autorización para interponer el recurso extraordinario de revisión contra varias sentencias (Sentencia del Juzgado de lo Penal 1 de Arrecife de 29 de noviembre de 2011 y Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 6.^a, de Las Palmas de Gran Canaria de 11 de marzo de 2013) que condenaron al solicitante por un delito contra la ordenación del territorio de los artículos 319.1 y 338 CP y decretaron la demolición de las obras. Esta sentencia resulta de interés porque se centra en el problema de si la concesión de cualquier licencia con respecto a unas obras delictivas puede ser alegada en sede de recurso de revisión para excepcionar la cosa juzgada.

Por el sentido del fallo y la fundamentación jurídica de esta sentencia, es posible apreciar que el Tribunal Supremo se muestra reticente a admitir el recurso de revisión en el ámbito de los delitos que nos ocupan, en congruencia con el carácter excepcional de este recurso. En este sentido, el Tribunal Supremo recuerda lo siguiente: “El recurso solo puede formularse en los supuestos expresamente previstos en el artículo 954 LECRIM”.

El solicitante fue condenado porque, en los meses de marzo o abril de 1999, “procedió con absoluto desprecio a la normativa urbanística y con la excusa de rehabilitar una pequeña y antigua construcción a realizar una ampliación de unos 120 m² de nueva construcción, en la localidad de Vegueta, término municipal de Tinarajo, entre los lugares conocidos denominados Capellanía y Monete del Quiquere sin estar en posesión al efecto de la correspondiente calificación territorial del Cabildo de Lanzarote para la construcción o ampliación de edificaciones en suelo rústico ni de la licencia municipal de edificación o rehabilitación de edificación, sin que dicha construcción sea además susceptible de legalización”.

No obstante lo anterior, el solicitante apelaba al cuarto de los motivos del artículo 954 LECRIM, es decir, a que “después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado”. Para ello alegaba, como hecho nuevo, el Acuerdo de fecha 13 de marzo de 2015 del Ayuntamiento de Tinajo, en sesión extraordinaria, que le concedió licencia para obras de ampliación de vivienda unifamiliar (ampliación de

edificación antigua existente).

Frente a ello, el Tribunal Supremo es contundente al afirmar lo siguiente: “La certificación del Ayuntamiento de licencia para obras de ampliación de vivienda familiar no cambia la corrección del fallo cuya revisión se pretende, pues no puede admitirse que con tal autorización se pretende sustituir al tribunal en su función de juzgar, despreciando la santidad de la cosa juzgada formal y material”. A ello añade el Tribunal Supremo que “la autorización que ahora se pretende como hecho nuevo no acredita la inocencia del condenado que con la excusa de rehabilitar una pequeña y antigua construcción, sin estar en posesión de la calificación del Cabildo para la construcción o ampliación de edificaciones en suelo rústico ni de licencia municipal de edificación o rehabilitación de edificación, realiza una ampliación de 120 m² de nueva construcción en los límites geográficos del espacio natural protegido”.

En coherencia con esta fundamentación, la Sala 2.^a del Tribunal Supremo acuerda no haber lugar a la interposición del recurso extraordinario de revisión contra las sentencias que condenaron al solicitante. Cabe deducir, en conclusión, que también en materia de delitos contra la ordenación del territorio el Tribunal Supremo mantiene una postura restrictiva en la admisión del recurso extraordinario de revisión por el descubrimiento de hechos nuevos referidos a la autorización o licencia de las obras enjuiciadas, pues parte de distinguir entre la autorización que puede legitimar las obras subsumibles en el artículo 319 CP y aquellas otras licencias que han sido tomadas como excusa para exceder de los límites permitidos para construir. De modo que a estas últimas licencias no les concede ningún valor como “hecho nuevo” a efectos del citado recurso de revisión, según se establece en esta sentencia.

Entre las sentencias recientes que enjuician la comisión de los delitos sobre la ordenación del territorio, cabe apreciar una tendencia a apelar al error de prohibición y al carácter de *ultima ratio* del derecho penal como alegatos para revocar la condena. Representativa de esta sentencia es la SAP de Sevilla núm. 267/2015, de 9 de junio. En ella se enjuicia un caso en que, en fecha anterior a septiembre de 2010, los dos acusados, tras comprar un terreno, sabiendo que era rústico y que no se podía construir en él, no recabaron licencia y colocaron en el terreno un módulo prefabricado de unos 20 metros cuadrados asentado sobre el terreno por unas vigas de hormigón y una caseta metálica, una barbacoa y una piscina de madera sobre base de hormigón, quedando la parcela mencionada con agua y luz. Las edificaciones no eran autorizables ni

legalizables conforme a la normativa urbanística municipal por ser terrenos derivados de una parcelación en suelo rústico no autorizable, estando prohibida toda construcción que pueda dar lugar a un núcleo de población. Por estos hechos fueron condenados los dos acusados, conforme al delito del artículo 319.2 CP.

En su recurso ante la Audiencia, invocaron, por una parte, la existencia en cualquier caso de un error de prohibición y aludieron, por otra, al principio de intervención mínima del derecho penal para demandar que la sanción de las conductas enjuiciadas no saliera del ámbito administrativo sancionador.

Con respecto a este último motivo, la Audiencia entendió que “no puede aceptarse la pretensión del impugnante de que estemos ante meras infracciones administrativas que obtienen respuesta adecuada en ese orden y que, por ello, no precisan de la actuación superpuesta del Derecho Penal, no ya sólo por el justo ámbito al que debe reconducirse el principio de intervención mínima en los términos ya analizados, sino también porque la coexistencia de ambos órdenes sobre una misma realidad es perfectamente lícita, por expreso mandato constitucional, y las zonas de intersección han de ser resueltas desde otros principios cual son las proscripción del non bis in idem, proporcionalidad y subsidiariedad del Derecho Penal en cuanto reservado a las conductas más intolerables socialmente”

El alegado error se trata de justificar apelando a que los recurrentes desconocían que las construcciones prefabricadas encajaran en la edificación sancionable penalmente, de manera que invocaban un error de prohibición referido al desconocimiento de que en el terreno adquirido no se podía construir. La Audiencia rechaza este motivo alegando lo siguiente: “Los acusados acudieron claramente a vías de hecho para la construcción y ello revela ya que eran plenamente conscientes de lo ilícito de su actuar, pues en otro caso habrían acudido a demandar las oportunas licencias y autorizaciones; sentado que eran conscientes de que habían adquirido una parcela y que pese a ello decidieron inicialmente construir sobre ella con plena conciencia o al menos graves dudas fácilmente despejables sobre la antijuridicidad de sus proceder, podemos aceptar ciertamente que el hecho de que otros propietarios de parcelas similares hubieren también construido e incluso que la apariencia de futura urbanización les llevara a albergar la esperanza de que finalmente podría disfrutar de lo así construido, pero ello obviamente no integraría nunca un error de tipo y menos aún de prohibición”.

Finalmente, la sentencia recurrida es revocada en atención al recurso que plantea el Ministerio Fiscal por el que se alega que los acusados habían construido sobre suelo no urbanizable de especial protección por los acuíferos, de modo que, razonablemente, la condena debía ser por el tipo agravado sancionado en el apartado 1 del artículo 319 CP. En suma, en esta revocación parcial de sentencia es decisiva la evidencia del carácter “especialmente protegido” de la parcela atendiendo al valor ecológico de sus acuíferos, siendo este el lugar donde se levantaron las construcciones enjuiciadas.

El mismo alegato al principio de intervención mínima es esgrimido en el recurso que se resuelve en la SAP de Tarragona, Sección 2.^a, núm. 215/2015, de 30 de junio. En esta sentencia se revisa el recurso por la condena a una persona que construyó en una finca de su propiedad una edificación de dos plantas, de 120,5 metros cuadrados cada una, con aberturas y ventanas propias de una vivienda, la cual estaba destinada a la vivienda habitual del acusado. El acusado no disponía de ningún tipo de licencia de obras ni, como consta en hechos probados, “tenía ninguna autorización de la Comissió Territorial d'Urbanisme de les Terres de l'Ebre, ni disponía del informe preceptivo del Departament de Medi Ambient i Habitatge de la Generalitat de Catalunya para llevar a cabo tales obras. Que la finca es rústica, se cultivan olivos y previamente en la misma existía una caseta de 25 metros cuadrados. Que conforme a las Normes Subsidiàries de Planejament Urbanístic de l'Ajuntament de El Perelló la finca se encuentra en un terreno calificado de suelo no urbanizable libre permanente”.

La condena a seis meses de prisión, inhabilitación y demolición fue recurrida, apelando al citado principio de la siguiente manera: “Se recurre por lo tanto el hecho de que ha sido condenado en la instancia como autor de un delito previsto en artículo 319 .2 CP, que resulta legalizable, al menos parte de la construcción, por lo que cabría señalar además vulnerado el principio intervención mínima del Derecho Penal, y solicitando de forma subsidiaria la no demolición de la construcción por existir ya una casa legalizada en el lugar de la construcción de 25 metros cuadrados y ser posible la conversión y legalización de lo construido en un almacén de uso agrícola de hasta 50 metros cuadrados”.

Resulta de gran interés analizar cómo interpreta el Tribunal la referencia a “no autorizable” del artículo 319.2 CP, ya que entiende que “el concepto ‘autorizable’ debe ser entendido igualmente en sentido sustancial, de incompatibilidad de la edificación con la naturaleza del suelo protegido, quedando fuera del precepto aquellas conductas

que se separen meramente de la legalidad urbanística en aspectos accesorios o no esenciales, que no supongan una clara vulneración del bien jurídico protegido. Lo contrario supondría un desbordamiento de las fronteras penales, abarcando meros aspectos formales o accesorios de la disciplina urbanística que, sin embargo, no podrían reconocerse como lesivos para el bien jurídico protegido”.

Sobre la base de esta argumentación, el Tribunal entiende que la obra realizada excede de dicho volumen por haberse llevado a cabo dos plantas, pero entiende que se trata de “una extralimitación respecto a las posibilidades del planeamiento, pero no de tal entidad como para lesionar de forma sustancial el bien jurídico protegido, por lo que en este aspecto debemos otorgar la razón al recurrente, decretando su libre absolución respecto del delito contra la ordenación del territorio, artículo 319.2 del Código Penal, sin perjuicio de las sanciones o correcciones que procedan en sede urbanística”.

En suma, el mismo argumento relativo al carácter de *ultima ratio*, en este caso referido a las posibilidades de legalización, sirve en esta sentencia para estimar el recurso y revocar la sentencia, absolviendo al recurrente del delito previsto en el artículo 319.2 CP.

También apela a aquel mismo principio de intervención mínima, así como al error del artículo 14 CP, el recurrente en la SAP de Ciudad Real, Sección 2.ª, núm. 73/2015, de 22 de julio. La Sentencia de 26 de noviembre de 2014 condenó a seis meses de prisión, multa e inhabilitación especial, además de a derribar lo edificado, al acusado de unos hechos consistentes en la construcción de una edificación unifamiliar, una piscina y una pista de tenis, así como de otra edificación aneja de una sola planta, sin la preceptiva licencia en un suelo calificado por el Plan General de Ordenación Municipal como zona no urbanizable de protección especial.

Frente a la citada condena se formalizó recurso de apelación, alegando el condenado y recurrente, por una parte, el motivo de indebida aplicación del artículo 319.2 del CP por infringirse el principio de intervención mínima del derecho penal y, por otra, infracción del artículo 14 del CP por concurrir error de tipo o error de prohibición, entre otros de menor relevancia.

A la luz de estos motivos, puede apreciarse una suerte de tendencia al recurso del principio de intervención mínima, si bien este es empleado en un sentido impropio porque, como es sabido, en cuanto postulado derivado del principio de

proporcionalidad, en sentido estricto suele ser esgrimido para orientar la actividad legislativa a la hora de decidir sobre la incriminación de conductas como delito. No resulta empleado, por lo tanto, en un sentido estricto dado que se apela al citado principio para excluir la aplicación de alguno de los delitos del artículo 319 CP. Tampoco los tribunales suelen aclarar este sentido propio del principio de intervención mínima. De hecho, en el caso que nos ocupa la Audiencia de Ciudad Real rechaza el motivo que el recurrente apoya en este principio, pero indicando que “el principio de intervención mínima se proyecta en aquellas situaciones de hecho en las que existe una duda razonable sobre la aplicabilidad de la jurisdicción penal para la resolución del conflicto y existen otras jurisdicciones alternativas que bien pudieran entrar a resolver la cuestión debatida. No es el caso que nos ocupa pues el principio de legalidad vincula, como ningún otro, a los Jueces y Tribunales del orden penal, de ahí que cuando unos hechos declarados probados encajen perfectamente en un precepto penal, no exista la infracción alegada”.

Parece, pues, que la Audiencia alega una suerte de prevalencia del principio de legalidad sobre el de intervención mínima, como si ambos entraran en conflicto, cuando no es, realmente, así. Faltaría, pues, aclarar que no hay tal contradicción entre principios y que no procede apelar al de intervención mínima en este caso. En su lugar, la Audiencia considera que los hechos verifican la tipicidad del artículo 319.2 del Código Penal por el que el recurrente fue condenado y desestima este motivo del recurso.

Con respecto al otro de los motivos del recurso, esto es, el error del artículo 14 CP, llama la atención la falta de claridad con que el recurrente lo esgrime, pues no precisa si se trata de tipo o de prohibición, sino que apela a ambos genéricamente. Sin embargo, el Tribunal desestima su existencia con una argumentación ciertamente escueta al indicar simplemente que “no basta alegar la existencia, sino que ha de quedar plenamente acreditado, utilizando para ello, criterios o pautas referidos básicamente a la ‘posibilidad’ del autor de ‘informarse’ sobre el derecho. Para realizar las edificaciones, es un hecho acreditado que no se solicitó la preceptiva licencia, hecho este, que ya hubiera sacado a la recurrente del error que dice padeció, ni puede ampararse, por la ‘facilidad’ que tenía para informarse, de que existieran otras edificaciones en el entorno, ni en una inacción de la administración, ya que la realidad es que de forma clandestina, sin solicitar información ni licencia, procedió a ejecutar o realizar unas edificaciones que van en contra de la ordenación del territorio”.

En todo caso, lo que resulta evidente de este pronunciamiento es que los tribunales siguen manteniendo una postura muy restrictiva a la hora de admitir cualquiera de las clases de error respecto a los delitos del artículo 319 CP. Así lo confirma esta sentencia, en la que, finalmente, no se estima el recurso de apelación interpuesto, sino que se confirma íntegramente la primera sentencia recaída en este caso.

Por otro lado, una cuestión que sigue centrando la atención de diversas sentencias es la medida de demolición del apartado 3.º artículo 319 CP. A este respecto, conviene prestar atención a la SAP de Murcia, Sección 2.ª, núm. 310/2015, de 30 de junio. En ella se enjuicia el recurso de apelación del Ministerio Fiscal frente a la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Murcia de 31 de enero de 2013. Los hechos probados de esta sentencia se refieren a una obra que se estaba construyendo en una finca propiedad del acusado, sin licencia para ello, y que funcionarios de la Inspección de Urbanismo detectaron a finales de 2008: “Obra que no era legalizable dado que incumplía el planeamiento urbanístico por tratarse de suelo no urbanizable, calificado como zona de Huerta. En todo caso, la zona cuenta con todos los servicios municipales: asfaltado de calles, aceras, luz, agua, alcantarillado, etc. Llevando el acusado pagando los impuestos municipales durante los últimos ocho años”.

La Sentencia condenó al acusado a una pena de 6 meses de prisión, 12 meses de multa con cuota diaria de 3 euros e inhabilitación especial.

Sin embargo, el Ministerio Fiscal recurrió la Sentencia para solicitar, en su segunda alegación, la demolición de la obra realizada, exponiendo la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo 529/12, de 21 de junio.

Conviene reparar en los argumentos de la Audiencia Provincial para analizar esta petición, por los cuales justifica que, en el caso concreto, no se decrete la demolición. Así, la Audiencia reproduce la fundamentación jurídica de la citada Sentencia del Tribunal Supremo, que, resumidamente, parte de lo siguiente: “La regla general es la de la demolición, la excepcional la no demolición”, e indica determinados criterios para acordar la demolición, toda vez que apunta otros que justifican la no demolición. En especial, en aquellos casos en que se consideran “excepciones”, es decir: “a) cuando se trate de mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa; b) cuando se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a la norma la edificación o construcción; c) en atención al tiempo

transcurrido entre la realización de la obra y la fecha de la sentencia firme, puede valorarse también que las obras de potencial demolición se encuentren en área consolidada de urbanización ; no obstante esta excepción no puede extenderse a futuras e inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán en exclusiva de la autoridad municipal ni cuando surja por ello una necesidad pública de instalar futuros servicios de saneamiento y otros de carácter público que les habrían de ser prestados, lo que a sensu contrario podría interpretarse que es supuesto excepcional admisible aquellos casos en que dichos servicios públicos ya estuvieran instalados o prestados por la propia Administración”.

La Audiencia Provincial de Murcia aplica este razonamiento al caso enjuiciado, llegando a concluir lo siguiente: “En el presente asunto, la sentencia impugnada ya valora el hecho de que el suelo afectado no tiene una protección especial, más allá de un uso agrícola, existen multitud de obras de las mismas características en la zona, además del hecho que la Administración lleva cobrando tributos al condenado desde el inicio de las obras. Asimismo, también se afirma, y se manifestó así en el juicio por el funcionario de inspección urbanística, que la zona cuenta con caminos asfaltados, alumbrado público, agua potable, alcantarillado y energía eléctrica [...]. Por otro lado, consta en el informe del funcionario municipal que si bien la construcción no es posible a tenor de la naturaleza rústica del suelo, sí cumple con la normativa, en lo que se refiere al número de plantas, altura de la cornisa y superficie construida.

Consta en actuaciones que el primer parte de infracción es de fecha 9 de diciembre de 2008, y la incoación del expediente sancionador por Decreto de fecha 11 de diciembre de 2008, se acordó la paralización de la obra, y dicha paralización consta acreditada desde el año 2009. No ha existido una voluntad renuente del condenado al cumplimiento de las órdenes recibidas por la Administración desde que se incoó el expediente administrativo sancionador”.

Sobre la base de este razonamiento, la Audiencia destaca la “menor extralimitación de la vivienda a la normativa urbanística”. De modo que “la naturaleza del terreno destinado a uso agrícola, ajeno por lo tanto a especial protección; y singularmente el hecho de contar la zona con caminos asfaltados, alumbrado público, agua potable y energía eléctrica, determinan la confirmación de la decisión adoptada por el juzgador, consistente en la no demolición”.

En consecuencia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia no revoca la sentencia recurrida en el sentido de decretar la demolición (aunque sí la revoca parcialmente por otros motivos). Lo interesante de esta sentencia es, ante todo, comprobar que se podría estar instalando en las resoluciones judiciales recientes la tendencia a delimitar unos criterios más objetivos a la hora de decidir decretar o no la demolición, pudiendo incluso percibirse el empleo de mayores cautelas a la hora de decretar la demolición de la mano de los requisitos apuntados por la citada sentencia del Tribunal Supremo.

Con respecto al instituto de la demolición, pero en el sentido contrario a decretarla, se pronuncia la SAP de las Illes Balears, Sección 2.^a, núm. 218/2015, de 1 de septiembre, donde de nuevo se analizan con detalle los rasgos principales de su régimen. Ante todo resulta relevante analizar esta resolución porque expone determinados “criterios jurisprudenciales” que permiten establecer cuándo procede acordarla o excluirla.

Esta resolución revisa la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Palma de Mallorca de 29 de diciembre de 2014, que fue dictada bajo conformidad. Los hechos probados de esta sentencia acreditaban que la acusada, en calidad de propietaria, en el período comprendido entre el año 2007 y 2008, “llevó a cabo la construcción de una edificación destinada a uso residencial de vivienda, de una planta de 10,53 por 7,20 metros, lo que hace una superficie de 74,82 metros cuadrados, de una altura máxima de 3,44 metros, parcialmente rodeada por un solado asfáltico de 2,30 m de ancho y con la instalación de dos pérgolas ancladas al suelo y a la fachada de la construcción, instalando del mismo modo una piscina prefabricada de unos 20 m cuadrados, llevándose a cabo previamente la correspondiente excavación, siendo que dichas actuaciones se llevaron a cabo sin la licencia o autorización administrativa pertinente, y no son en ningún caso susceptibles de legalización, siendo que tales obras se vinieron realizando hasta por lo menos el año 2.008”.

Por estos hechos fue condenada por un delito del artículo 319 CP a la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, que se sustituyó por la de 12 meses de multa y demolición de la obra. Contra esta condena se interpuso recurso de apelación, siendo el único motivo la impugnación de la obligación de demoler lo ilegalmente construido y reponer la finca a su estado original. Como se indica en los fundamentos jurídicos de la Sentencia de la Audiencia Provincial, se alega infracción del artículo 319.3 CP, justificándola en “la pugna en el carácter facultativo

que la demolición representa; en que la Administración posee otros medios legales para proceder a la demolición de lo ilegalmente construido (lo cual ya de plano se presenta dilatorio y estéril, al asentarse el pronunciamiento en cosa juzgada penal); en tratarse de una construcción no dotada siquiera de suministros básicos; en no constar estar la construcción completamente fuera de la ordenación y no ser legalizable o subsanable; en el largo tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos; en que existen otras edificaciones ilegales en la zona; en la actitud no obstaculizadora de la acusada, así como en la no condición de profesional de la misma”.

Frente a estos argumentos, la Audiencia apela de nuevo a determinadas sentencias del Tribunal Supremo, en concreto, las que parecen estar sentando doctrina con respecto a la demolición: la STS (Sala Segunda) núm. 443/2013, de 22 de mayo, que a su vez se remite a la STS (Sala Segunda) núm. 901/2012, de 22 de noviembre. Del análisis de ambas, la Audiencia Provincial de las Illes Balears deduce que no se establece la demolición de forma imperativa, “por lo que no puede afirmarse que la demolición de lo construido sea la consecuencia obligada, necesaria e ineludible de la comisión de un ilícito de esta naturaleza. El ‘en cualquier caso...’ con el que se inicia la redacción del artículo puesto en relación con la elección del verbo escogido en el predicado — ‘podrán’— sólo podemos interpretarlo en el sentido de que cuando el legislador dice ‘en cualquier caso’ se está refiriendo a que tanto en los supuestos a los que se refiere el núm. 1º del precepto como en los del núm. 2º, cabe la posibilidad de la demolición”.

Esto sentado, la Audiencia reitera unos criterios respecto a la cuestión del derribo de la obra ante lo que considera “ausencia de criterios en el artículo 319.3 CP”. En este sentido, en los últimos años se están imponiendo determinados parámetros en las distintas audiencias a tenor de la señalada “jurisprudencia” del Tribunal Supremo, a saber: “[...] la gravedad del hecho y 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, o verse afectados también derechos fundamentales como el uso de la vivienda propia; y atendiendo asimismo a la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción, tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, entre otros”.

En consecuencia, se entiende que la regla general es que la demolición deberá acordarse ante los siguientes indicios: “[...] 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”.

Aplicando los criterios jurisprudenciales expuestos al supuesto de hecho enjuiciado por la Audiencia Provincial de las Illes Balears, esta llega a la conclusión de que “la reversibilidad de la edificación construida —precisamente por no contar siquiera con suministros básicos—; la condición de Área Natural de Especial Interés (ANET), Lugar de Interés Comunitario (LIC) y Zona de Especial Protección para las Aves (ZEPA) en que se halla ubicada, así como su nula susceptibilidad de legalización, constituyen circunstancias más que suficientes para acordar la demolición de lo construido”. En consecuencia, la Audiencia Provincial de las Illes Balears desestima el recurso y confirma la resolución apelada.

Por último, se aludirá a la SAP de Cáceres, Sección 2.^a, núm. 369/2015, de 3 de septiembre, en la que se analizan dos de los problemas antes estudiados, esto es, la demolición y el error en los delitos del artículo 319 CP. Puede con ello constatarse que las sentencias recientes abordan con carácter prioritario estos dos institutos en relación con los delitos de la ordenación del territorio. Pero el interés de esta sentencia radica en que, a diferencia de otras anteriormente citadas, enjuicia con carácter más estricto el alegato al error, concretamente de prohibición, apelando a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída, con carácter general, sobre este instituto.

La Audiencia enjuicia el recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Plasencia de 1 de junio de 2015, que condenó al recurrente por un delito del artículo 319 CP por el siguiente supuesto de hecho: el acusado promovió en junio del año 2008 y terminó él mismo la construcción de una edificación dentro de la parcela de la localidad de Acebo de la que entonces era titular. “Dicha edificación la realizó el acusado sin la previa solicitud ni obtención de la preceptiva licencia municipal ni proyecto técnico de obras, levantando una construcción destinada a vivienda, de una sola planta y superficie aproximada de 48,5 metros cuadrados, dividida interiormente en estancias destinadas a salón, cocina, cuarto de baño y dos habitaciones”. La parcela en que se levanta la edificación está incluida en el LIC Rivera de Gata y Acebo, catalogado como espacio protegido de la red Natura 2000 y reconocido expresamente como área protegida por la Ley 8/1998, de 26 de junio, de Conservación de la Naturaleza y

Espacios Naturales de Extremadura. La referida edificación resulta no autorizable, ya que el suelo donde se levanta está calificado como “no urbanizable” por el PDSU del municipio de Acebo.

Como se ha indicado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres destaca porque analiza, entre otros motivos del recurso, la falta de concurrencia del elemento subjetivo de la infracción y el error de prohibición, derivado en gran medida de la existencia en los alrededores de numerosas casas similares. Además, el acusado alegó que “se sentía autorizado para proseguir la construcción después de la visita que dijo haber realizado al Ayuntamiento de Acebo, donde le indicaron que podía hacerlo mientras ‘no se tratase de una vivienda grande o que desentonara con el entorno’, pero en puridad, no se le tramitó ni concedió licencia alguna”.

La Audiencia considera, no obstante, que aun cuando “los Agentes de la Guardia Civil confirmaron que la zona ‘está saturada de construcciones ilegales’ creemos que no es posible acoger la alegación del recurso a propósito del error invocado y de la consiguiente falta del elemento subjetivo” en la conducta del acusado. Para excluir el error, se recurre a la jurisprudencia, según la cual “no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (S. 29.11.94), de la misma manera y en otras palabras (SSTS. 12.12.91, 16.3.94, y 17.4.95) que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder”.

Aplicando estos argumentos al caso enjuiciado, la Audiencia Provincial de Cáceres entiende que el recurrente sí reconoció haberse interesado por las condiciones o circunstancias en que podía acometer la edificación por el hecho de acudir al Ayuntamiento de Acebo. Más aún, uno de los agentes manifestó haberle informado sobre la ilegalidad de la construcción. En consecuencia, entiende el Tribunal que “con relación al supuesto que nos ocupa, la necesidad de cumplir ciertos requisitos y obtener determinados permisos es algo que resulta de común conocimiento en materia de nuevas construcciones, y requiere que el promotor, aunque se trate de persona particular, se preocupe de agotar la realización de las comprobaciones previas y necesarias para garantizar la licitud de la conducta que pretende llevar a cabo”.

A ello añade la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 16 de mayo de 2013)

según la cual el alegato de error debe excluirse cuando, pese a existir posibilidades de haber salido de este, no se solventa ese error o ignorancia por una absoluta dejadez o una ignorancia querida. Si no lo hizo, estaba asumiendo las consecuencias de su no hacer, como recoge dicho Tribunal en la sentencia citada.

Entiende la Audiencia Provincial de Cáceres que no puede alegarse que el acusado creyó que se podía construir porque había construcciones en otras fincas próximas, pues tal alegato no puede justificar que concurra exención alguna de la relevancia penal de acometer una construcción no legalizable. En conclusión, entiende la Audiencia que “no existe la infracción que se denuncia del artículo 319 del Código Penal, pues consideramos, coincidiendo con las conclusiones del Juzgador a quo, y en coherencia con el contenido de los dictámenes emitidos, que la construcción realizada se ha verificado en suelo no urbanizable que además se encontraría dentro de una zona de especial protección”.

Puede observarse que la Audiencia basa la prueba del error en los datos objetivos que se deducen de la sentencia de instancia y no tanto en el grado de conocimiento de la ilicitud o de la antijuridicidad de la conducta, el cual debiera haber llevado a analizar, siquiera en vía de hipótesis, la concurrencia de un error vencible, aspecto que no se aborda. Se echa en falta, en suma, una mayor precisión en el análisis del instituto del error de prohibición respecto a los delitos del artículo 319 CP, pues, por lo general, suele excluirse, cuando debiera fundamentarse con mayor detenimiento la ausencia de sus requisitos elementales.

Por lo demás, esta sentencia analiza asimismo la impugnación del derribo de lo edificado, haciendo suyos los criterios jurisprudenciales antes indicados y delimitados en diversas sentencias del Tribunal Supremo. Aplicándolos al caso enjuiciado, la Audiencia constata la realización de una obra ilegal, su persistencia y que no es susceptible de autorización, por lo que “la demolición ha de acordarse en los términos indicados como consecuencia necesaria del delito cometido y en aras de reparar el bien jurídico protegido que se ha visto afectado por aquél”.

Resulta interesante constatar que se plantea la existencia de un tercero de buena fe para paralizar la demolición puesto que el recurrente vendió la edificación a su hermana. Sin embargo, entiende la Audiencia que no cabe excluir la demolición “por el hecho de que la parcela en la que se asienta la construcción hubiera sido luego vendida a un tercero

(en este caso, la hermana del acusado), pues conforme al propio artículo 319.3 del Código Penal podrá ejercitar contra quien corresponda las acciones indemnizatorias oportunas; y por supuesto, ante la ausencia absoluta de ni siquiera una aproximación de reunir los requisitos que posibilitaran hipotéticamente la regularización de la construcción”.

En consecuencia, la Audiencia mantiene el pronunciamiento relativo a la demolición de la obra y desestima el recurso de apelación formulado.

Con relación a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, las sentencias recaídas durante este período son escasas y vuelven a hacer mayoritariamente referencia al artículo 325 CP en su modalidad de contaminación acústica.

La SAP de Granada núm. 169/2015, de 16 de marzo, aborda la relación entre la modalidad agravada del artículo 325 CP, cuando el grave riesgo lo es para la salud de las personas, y el delito de lesiones cuando estas se han producido de forma efectiva. A diferencia de la mayoría de casos de contaminación acústica, los ruidos objeto de esta sentencia no provienen de un local de ocio, sino que su origen son los continuos ladridos de dos perros que, de acuerdo con los hechos probados, causan en los denunciados un menoscabo psíquico, diagnosticado como síndrome por estrés postraumático, que objetivamente requirió tratamiento psiquiátrico para su curación, además de la administración de ansiolíticos. La sentencia de instancia condena a los acusados por tres delitos de lesiones del artículo 147.1 CP y los absuelve con relación al delito de contaminación acústica del artículo 325 CP.

El Ministerio Fiscal consideró, en recurso de apelación, que en la sentencia de primera instancia se incurrió en incongruencia, puesto que la apreciación del tipo de resultado (las lesiones, en este caso de entidad delictiva) impone de forma inexorable la apreciación del tipo de peligro, previo o precedente al resultado (el delito ambiental). La Audiencia Provincial resuelve afirmando que no puede apreciarse el delito ambiental por no haberse acreditado durante el proceso la concurrencia de todos los elementos típicos y, muy especialmente, la contravención de normas protectoras del medio ambiente.

Aunque la Sentencia no hace referencia expresa al tipo de relación concursal entre uno y otro delito, se infiere del tenor de la motivación que parte de un eventual concurso ideal

de delitos entre ambos, en lugar de considerar que la relación entre el resultado de peligro (para la salud de las personas) y la lesión efectivamente producida deba resolverse aplicando las reglas del concurso aparente de normas penales del artículo 8 CP. La solución del concurso ideal es la habitualmente aplicada por la jurisprudencia en estos supuestos.

En otro orden de consideraciones, esta sentencia es una muestra más de la consolidación jurisprudencial en torno a la consideración del delito ecológico del artículo 325 CP como de peligro hipotético o de aptitud, en el que “la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro”. En este mismo sentido se pronuncia, con abundante cita jurisprudencial, la SAP de Burgos núm. 74/2015, de 4 de marzo, también relativa a un supuesto de contaminación acústica, si bien en este caso referida a un local de ocio.

La SAP de Burgos núm. 74/2015, de 4 de marzo, que define los ruidos como “sonidos emitidos, inarticulados y confusos más o menos fuertes que se propagan por ondas”, es además destacable por incidir en otras cuestiones, igualmente consolidadas en la jurisprudencia, sobre el delito ecológico en su modalidad de contaminación acústica. Así, en primer lugar, la posibilidad de completar el tipo penal con disposiciones tanto de rango superior (directivas y reglamentos de la Unión Europea) como inferior (órdenes ministeriales, decretos y órdenes emanados tanto de la Administración central como de las autoridades administrativas autonómicas y locales). Con relación a las directivas europeas, debe recordarse, sin embargo, que el TJCE ha negado la posibilidad de invocar una directiva no transpuesta o transpuesta incorrectamente, a pesar de su eficacia directa, cuando esta sirva para determinar o agravar la responsabilidad penal. En aquellos supuestos en los que la transposición sea correcta, como es lógico, ya no será la directiva europea sino la propia norma de transposición la que integre el tipo penal.

La Audiencia Provincial de Burgos recuerda, asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional con relación a la exposición continuada a niveles intensos de ruido, recordando que esta pone en peligro la salud de las personas, puede vulnerar el derecho a la integridad física y moral, y, cuando además afecta al ámbito reservado donde se desarrolla libremente la personalidad, como es el domicilio, puede vulnerarse también el derecho constitucional

a la intimidad, personal y familiar, garantizados en el artículo 18 CE. La Sala cita, además, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, que establecen las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tiene sobre la salud de las personas (deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas). La posterior STS 244/2015, de 22 de abril, se pronuncia en el mismo sentido, abundando en la jurisprudencia de dichos órganos judiciales además de la propia del Tribunal Supremo.

Finalmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos incide en el requisito de la gravedad del peligro como elemento valorativo que requiere prueba pericial y, en la práctica, razón de muchas absoluciones por falta de acreditación suficiente (en este mismo período y en este mismo sentido, véase también la SAP de Cáceres núm. 150/2015, de 8 de abril). Sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Burgos estima que “parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo”.

La SAP de Cuenca, Sección 1.^a, núm. 16/2015, de 12 de mayo, añade que “para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el artículo 325 CP habrá que acudir a la salud de las personas, incluida la calidad de vida”. A su vez, el concepto de calidad de vida es asimismo traído a colación por la STS 244/2015, de 22 de abril, cuando recuerda que “la STC de 23 de febrero de 2004, al abordar un supuesto de contaminación acústica ya advertía de que el ruido, como mal que debe ser objeto de sanción no solo la de afectar a un sujeto individual, o a varios, sino que afecta, perturbándolo, a la calidad de vida de los ciudadanos. Es por ello que la calificación penal de acto de contaminación no requiere una modificación de la sanidad física del perjudicado sino que la gravedad se rellena mediante la perturbación grave de las condiciones de calidad de vida, sin perjuicio de que si concurre la perturbación en la salud física o psíquica, concurre con un delito de lesiones”.

Con relación al elemento subjetivo del delito, la ya citada SAP de Cuenca, Sección 1.^a, núm. 16/2015, de 12 de mayo, aprecia la relevancia penal de la realización de obras de mejora en una discoteca para evitar la transmisión de ruidos a los vecinos. Así, partiendo de que el dolo está constituido por el conocimiento del grave riesgo originado por la conducta típica, considera que la realización de obras de adecuación del local e incluso la contratación de un ingeniero técnico industrial con la finalidad de dotar al establecimiento de las condiciones necesarias para evitar molestias a la vivienda vecina, demuestra la voluntad de los acusados de llevar a cabo actuaciones tendentes a evitar el daño a los vecinos, lo cual excluye el dolo y, en consecuencia, la concurrencia del elemento subjetivo del tipo.

Para concluir la crónica relativa a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, cabe llamar la atención acerca de la sustancial reforma de estos delitos operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. La introducción de un nuevo tipo básico en el artículo 325 CP, con una doble estructura típica de peligro y de lesión referida a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o animales o plantas, la introducción de la expresión “por sí mismos o conjuntamente con otros” en las distintas modalidades del artículo 325 CP, o la reforma de los delitos relativos al transporte y la gestión de residuos (artículo 326 CP) plantearán nuevas dudas interpretativas que, en la medida en que lleguen a los tribunales, serán recogidas en esta crónica semestral.

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

Nuevamente, en el período de estudio se suceden las sentencias que abordan supuestos de caza de aves con empleo de sistemas o instrumentos que pueden subsumirse en el artículo 336 CP. En este sentido, una nueva sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (SAP Castellón 133/2015, de 7 de mayo) analiza un episodio de caza en la modalidad conocida como *parany*, con varetas impregnadas de sustancia adhesiva, liga, y utilizando un radiocasete para reproducir sonido de animales. En la resolución, la Audiencia recupera doctrina sentada por el mismo Tribunal en la Jornada sobre Unificación de Criterios de 24 de mayo de 2013 y en fecha 13 de diciembre de 2013. La

Audiencia de Castellón ha mantenido en reiteradas sentencias que el método de caza denominado *parany* es un procedimiento prohibido en el ámbito administrativo —dado que la normativa administrativa prohíbe el uso de todo medio o método que implique el uso de pegamento o “liga”—, pero también en el ámbito penal por tratarse de un método claramente no selectivo. Así, aunque no pueda asimilarse la eficacia destructiva del *parany* a la que sí puede predicarse del veneno o los explosivos (en los términos descritos en el artículo 336 CP), los tres métodos sí son asimilables en términos de su falta de eficacia selectiva. En este sentido, la Sentencia mencionada subraya que la caza de zorzales o tordos con pegamento o “liga” —tal y como se organiza mediante el método del *parany*— no permite evitar la captura de aves de otras especies. Se trata de un método que no permite controlar ni la clase ni el número de aves que pueden llegar a caer por efecto de la “liga”. Además, la obligación de que los cazadores limpien y liberen las aves de especies distintas de los zorzales o tordos, no tiene entidad suficiente como para poner en duda su carácter no selectivo.

La Sentencia recuerda asimismo que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias configuran el tipo del artículo 336 CP como un delito de peligro concreto y de mera actividad, por lo que la apreciación del delito no requiere que se haya producido captura de animal ni la producción de graves efectos destructivos para la fauna, que, de producirse, supondrían una agravación de las penas por apreciación de notoria importancia. En relación con la naturaleza de delito de peligro del artículo 336, resulta interesante el apunte que efectúa la Sentencia, que invoca dos sentencias anteriores dictadas por la misma Audiencia Provincial, en fecha 7 de marzo de 2014 y en fecha 20 de febrero de 2014, en las que especifica que, para considerarse el hecho atípico, el método tendría que asegurar que solo puede capturarse un tipo de ave, de tal modo que pueda controlarse que nunca será de una especie protegida, seguridad que no se tiene con el *parany*. Es más, la Audiencia rechaza el planteamiento de la estrategia de defensa de alegar la insignificancia cuantitativa de aves protegidas que suelen ser capturadas en los *paranys*, que giraría en torno al 1%. Los magistrados entienden que esta línea de defensa muestra una incompreensión del tipo penal dado que la supuesta insignificancia cuantitativa no puede ser determinante: “[...] si un ave está en peligro de extinción, su escasa presencia y lo que representa ese 1% puede ser muy grave”. Y añade la Sentencia de 2014: “No nos corresponde, pese a que la dirección letrada nos los demande en su informe, explicar a los cazadores las razones de una reforma ajustada

a una política criminal acorde a las iniciativas legislativas proteccionistas del medio ambiente a nivel comunitario, que impide aquello que antes se practicaba sin objeciones. Pero no puede desconocerse que los tiempos corren y sin duda podrán añorarse las prácticas de otras épocas en todos los campos de la vida o del ocio, como por ej. en actividades de pesca sin tanto control restrictivo ajustado a la protección de especies, o por ej. en tratamientos de residuos, o por ej. en materia viaria y transportes, o por ej. en el uso de abonos, fitosanitarios, plaguicidas etc. y en otras numerosas actividades o esparcimientos que antes carecían de una regulación en una sociedad menos compleja y masificada que no requería de normativas atentas al medio ambiente para tratar de conservarlo, y que ahora se ven regulados y controlados desde políticas proteccionistas”.

Por su parte, la SAP de Huelva, Sección 3.^a, núm. 90/2015, de 20 de mayo, revoca la absolució acordada por el Juzgado de lo Penal de Huelva en fecha 10 de abril de 2015 y condena a los acusados por un delito del artículo 336 CP. En el supuesto de hecho se relata que los acusados fueron sorprendidos por agentes de la Guardia Civil cuando se encontraban cazando con aves de reclamo, utilizando redes de librillo y sin estar inscritos en sociedad pajaril que les autorizara a realizar esa actividad. El Tribunal sostiene que las redes empleadas por los acusados para la captura de las aves no son un método selectivo, puesto que en ellas puede quedar atrapada cualquier ave, protegida o no, sin que pueda garantizarse la liberación sin daño de todas ellas. En consecuencia, la Audiencia condena por el artículo 336 CP atendiendo al carácter no selectivo de los métodos empleados.

Dos sentencias dictadas en el mismo período, la SAP de A Coruña, Sección 2.^a, núm. 322/2015, de 27 de mayo, y la SAP de Ciudad Real, Sección 1.^a, núm. 51/2015, de 12 de mayo, condenan en sendos supuestos de caza con empleo de lazos por tratarse de instrumentos de caza indiscriminados que pueden resultar altamente peligrosos, pues pueden afectar a cualquier animal que se ponga a su alcance.

Finalmente, la SAP de Huesca, Sección 1.^a, núm. 96/2015, de 25 de junio, castiga por un delito de caza en terreno privado sometido a régimen cinegético especial del artículo 335.2 y .4 CP. La Sentencia recuerda que doctrina y jurisprudencia entienden por *cazar* tanto el dar muerte a los animales como el perseguirlos y acosarlos para atraparlos, es decir, realizar las operaciones de búsqueda, seguimiento y acoso de las piezas con los medios adecuados y en los lugares apropiados.

La jurisprudencia ha resuelto también, en el período de estudio, por lo menos cuatro casos de maltrato animal. En el mes de junio, la SAP de Ciudad Real, Sección 1.ª, núm. 61/2015, de 5 de junio, confirmó la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ciudad Real de 12 de enero de 2015, que absolvía a los acusados de un delito de maltrato animal. La acusación particular imputaba a los acusados un delito del artículo 337 CP por haber sometido una yegua, durante el traslado contratado por el propietario del animal, a condiciones tales de estrés que le ocasionaron lesiones de gravedad y fallo multiorgánico irreversible, por lo que se procedió a la eutanasia del animal. La Audiencia considera correcta la valoración de la prueba efectuada por el juez, así como la motivación contenida en la Sentencia, por lo que desestima la pretensión de la parte acusadora. Absolutoria es también la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Valencia de 9 de julio de 2015, puesto que las periciales practicadas no permitieron atribuir responsabilidad al sujeto que venía siendo acusado por las lesiones que presentaba la perra que tenía bajo su cuidado. Examinado el animal por dos veterinarios, ninguno de ellos pudo determinar el origen de las lesiones que presentaba el perro, lo que desembocó en la absolución del acusado.

Por el contrario, sí condena la SAP de Las Palmas de Gran Canaria núm. 166/2015, de 19 de julio, en un supuesto de grave maltrato a una yegua pura sangre. El relato de hechos da por probado que los dos acusados, con ánimo de atentar contra la integridad física del animal y conscientes de la alta probabilidad de que con su acción le causaran la muerte o heridas de especial gravedad, golpearon a la yegua con un palo, unas tenazas y una navaja, siendo interrumpida su acción por la llegada de agentes policiales que acudieron alertados por los vecinos. La Sentencia analiza la concurrencia en el supuesto de los elementos típicos del delito: una conducta de maltrato que recaiga sobre animales domésticos y ahora también amansados, que el maltrato no esté justificado, un resultado de muerte o lesiones graves del animal fruto de aquella acción, y que todo ello sea abarcado por el dolo del autor.

Finalmente, es también condenatoria la SAP de Madrid, Sección 2.ª, núm. 658/2015, de 21 de julio, en la que se ratifica la condena a pena de cinco meses de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier tipo de profesión, comercio u oficio relacionado con el comercio de animales por un plazo de un año y nueve meses al individuo que, de forma colérica y reiterada, ofuscado en la defensa de su propio perro, pateó reiteradamente a otro can hasta ocasionarle una lesión irreversible

que desembocó en la práctica de su eutanasia.