

**JURISPRUDENCIA GENERAL: DERECHO PENAL (pp. 2-8)**

—

**JURISPRUDÈNCIA GENERAL: DRET PENAL (pp. 9-14)**

JOAN BAUCCELLS I LLADÓS

*Profesor titular de Derecho Penal / Professor titular de Dret Penal*

*Universitat Autònoma de Barcelona*

ESTHER HAVA GARCÍA

*Profesora titular de Derecho Penal / Professora titular de Dret Penal*

*Universidad de Cádiz*

MARIA MARQUÈS I BANQUÉ

*Profesora colaboradora de Derecho Penal / Professora col·laboradora de Dret Penal*

*Universitat Rovira i Virgili*

En relación con los delitos contra la ordenación del territorio, en el período de referencia se han producido algunas resoluciones jurisprudenciales de interés por lo todavía controvertido de los aspectos que tratan, por más que no estrictamente novedosos.

Buena muestra de ello es la interpretación y aplicación del artículo 319.3 CP, o lo que es lo mismo, de la facultad jurisdiccional de ordenar, motivadamente, la demolición de la obra. De forma casi simultánea, dos audiencias provinciales (Islas Baleares y Jaén) se pronuncian para sostener posturas contrarias. Así, mientras que la Audiencia Provincial de Jaén es partidaria de entender la medida como excepcional y acaba por no acordarla atendiendo a razones como, por ejemplo, la existencia de servicios mínimos o de otras construcciones en una zona ya muy degradada, la Audiencia Provincial de las Islas Baleares es partidaria de todo lo contrario, apelando a la no identificación de lo discrecional con lo excepcional y haciendo hincapié en la naturaleza y en los fines perseguidos con la medida.

Veamos con más detalle los argumentos de una y otra sala. La Audiencia Provincial de Jaén, en su Sentencia núm. 211/2010 (Sección 1.<sup>a</sup>), de 5 de octubre, que confirma la tesis ya sostenida en la núm. 200/2010 (Sección 1.<sup>a</sup>), de 28 de septiembre, parte de que el artículo 319.3 CP “lo que establece es la posibilidad de que el Tribunal acuerde la demolición de lo edificado, pero no como una consecuencia necesaria de la aplicación del tipo penal contenido en ese mismo artículo, sino como una posibilidad que además exige de una motivación específica, lo que parece redundar no solo en ese carácter discrecional, sino incluso en lo excepcional de la adopción de tal medida”. Así las cosas, entiende que “atendidas las circunstancias concurrentes, esencialmente las numerosas construcciones realizadas en la zona, no habiéndose acordado la demolición de las mismas, no ha resultado acreditado que la edificación objeto de debate suponga un grave impacto medioambiental, ya que la acción enjuiciada obra sobre una zona ya degradada con numerosas construcciones, debiendo tenerse en cuenta además que a dichas viviendas se le abasteció, cuando las mismas fueron destinadas al uso durante la romería de San Isidro, de agua, luz y saneamientos principales [...] y en consecuencia no es lógico ni comprensible acordar judicialmente la demolición de una construcción aislada que con ello se causaría un perjuicio innecesario, y ningún beneficio concreto al bien jurídico a proteger de, escasas, por no decir nulas perspectivas de recuperación”. La Sala sostiene que, en este contexto, una demolición aislada significaría otorgar “un

trato desigual y discriminatorio al acusado”, si bien tiene interés en puntualizar que “el hecho de que no se haya acordado la demolición, no significa que el bien jurídico protegido por la norma quede indefensa, ni que la sanción y reproche penal de la condena no tenga virtualidad práctica pues la jurisdicción penal ha actuado y sancionado una conducta ilícita que ha atentado contra la ordenación del territorio, si bien no se considera procedente la demolición, lo cual no implica que en el orden administrativo, que también ha de velar por la utilización del suelo, pueda acordar dicha demolición, pues en efecto el hecho de no acordarse por el juzgador que la obra sea demolida, no significa en absoluto que la realidad opere a modo de sanción legalizadora, ya que pronunciándose la jurisdicción penal, sobre una conducta ilícita que ha atentado contra la ordenación del territorio, el hecho de que el juez de lo Penal, por así haberlo querido expresamente el legislador, no considera oportuno acordar en dicho ámbito penal la demolición de la obra, no impide, que en otro marco, el administrativo, marco que también ha de velar por la lícita utilización del suelo, puede ser acordada la misma”.

Por su parte, la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, en sus sentencias núm. 313/2010 (Sección 2.<sup>a</sup>), de 29 de septiembre, y 330/2010 (Sección 2.<sup>a</sup>), de 30 de septiembre, sostiene la tesis contraria. En concreto, en la primera de ellas se puede leer: “La repetida sentencia 288/2010 de la Sección Primera, que también hacemos nuestra en cuanto a la fundamentación de este extremo, ofrece más que suficientes razones para abordar la demolición, señalado en primer lugar, porque se trata de una obligación legal impuesta por el artículo 109 CP y manifestada en una obligación de hacer, a su costa, del artículo 112 CP; en segundo lugar, porque constituye un principio general del Derecho enunciado bajo el brocardo *ex iniuria ius non oritur*, es decir, que de un acto ilícito no puede nacer un derecho; en tercer lugar, porque motivos de prevención general aconsejan no lanzar el pernicioso mensaje a la ciudadanía de que tras la imposición de una pena de no cumplimiento el delincuente puede retener el producto del delito; en cuarto lugar, porque no tendría sentido diferir la demolición a un procedimiento administrativo posterior que hasta el momento se ha mostrado ineficaz a causa de la conducta rebelde y delictiva del acusado; y, en quinto lugar, porque se trata ésta de la única forma de reforzar la normativa urbanística, tanto solicitando las preceptivas licencias, como abonando los impuestos a ellas asociadas”.

Otra cuestión que con la reciente modificación del Código Penal cobra, si cabe, todavía más interés, es la relativa al significado y la trascendencia de la expresión “no autorizable” contenida en la conducta típica del artículo 319 CP. En este sentido, cabe destacar la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, núm. 313/2010 (Sección 2.<sup>a</sup>), de 29 de septiembre, cuando recuerda con firmeza que “nuestro Legislador precisamente introdujo los delitos contra la ordenación del territorio (y otros) en el Código de 1995, debido, si no a la desidia, a la impotencia o a la ineficacia de la Administración (del procedimiento administrativo sancionador) para cortar los abusos y los desmanes, así como la anarquía, que en este ámbito del medio ambiente y también de la ordenación del territorio venían a ser algo frecuente e indeseable. Cabe admitir que la inserción del inciso ‘no autorizable’ en el artículo 319.2 no está exenta de polémica en su interpretación y que introduce alguna posible confusión, pero lo que no podemos admitir es que la eventual autorizabilidad se extienda *ad calendas grecas*; a lo sumo podría admitirse que sea autorizable cuando, no estando autorizada cuando se consuma la infracción, se autoriza en el curso del proceso (penal) o sea previsible, por actos concluyentes, que lo sea en una fecha posterior cercana a la celebración del juicio o en un plazo razonable”. El mismo criterio se encuentra en la base de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 227/2010 (Sección 3.<sup>a</sup>), de 7 de octubre, cuando afirma: “si se admitiese ese argumento en el que se ofrece la eventualidad de la autorización como mera posibilidad abstracta, se vendría a vaciar de contenido el tipo, pues en abstracto y de manera retórica, cualquier obra que no trasvasara los límites, de lo grosero —aunque llegue o se aproxime a él— como manifestación de ataque al valor ecológico y medioambiental, podría vagamente, ser autorizado, otorgándole el crédito de lo autorizable. Como ello no es admisible, debe competir al órgano jurisdiccional penal valorar en cada caso si aquella mera posibilidad cuenta, o no, con un fundamento razonable y serio con arreglo al referente normativo que permitiría la legalización o autorización”.

Todavía con relación al elemento “no autorizable”, podemos mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén núm. 206/2010 (Sección 1.<sup>a</sup>), de 29 de septiembre, que en el contexto de la valoración de un posible error de tipo recuerda que “hay que exigir que el dolo del autor se extienda al conocimiento de que la edificación fuera no autorizable, esto es, que hubiera sido levantada sin autorización y licencia y, además, que no fuera posible subsanar la situación, legalizándola, por no permitirlo la

legislación urbanística, y que se efectúe en suelo no urbanizable”; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 271/2010 (Sección 3.ª), de 9 de septiembre, que analiza la posible infracción del principio acusatorio en caso de incorporarse de oficio al relato de los hechos probados el dato de que la construcción realizada “no era susceptible de legalización”.

En otro orden de consideraciones, cabe celebrar la denuncia, cada vez más frecuente, que los tribunales hacen respecto de la invocación “inoportuna e inconveniente” del principio de intervención mínima. Valga como ejemplo, una vez más, la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, núm. 313/2010 (Sección 2.ª), de 29 de septiembre: “en cuanto al manido principio de intervención mínima venimos denunciando el abuso que del mismo se viene haciendo en el foro, esgrimiéndose constantemente por las Defensas e incorporándolo con frecuencia los Juzgados en la fundamentación de sobreseimientos y pronunciamientos absolutorios. Al respecto venimos recordando cómo la jurisprudencia (el Fiscal nos hace cita de las sentencias de 28 de febrero de 2005 y de 28 de marzo de 2006, pero hay otras muchas) señala que el derecho penal se rige por dos principios: el de legalidad y el de intervención mínima, dirigiéndose el primero a los Jueces y Tribunales, y el segundo al Legislador, como postulado razonable de política criminal, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad, por cuanto no es al Juez, sino al Legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. [...] la invocación que del principio de intervención mínima se hace en la sentencia apelada resulta inoportuna e inconveniente, no pudiendo ser soporte del fallo absolutorio, porque en modo alguno puede fundamentar la interpretación restrictiva, ni del bien jurídico protegido en el artículo 319 del Código Penal, ni del elemento del tipo consistente en que la edificación ilegal sea no autorizable”.

En cuanto a la jurisprudencia relativa a los delitos contra el medio ambiente, no se han producido pronunciamientos relevantes en el período de referencia. De la poca jurisprudencia publicada en las bases de datos —que, por cierto, mayoritariamente hace referencia a actos de contaminación acústica—, hemos considerado oportuno destacar, en primer lugar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo núm. 84/2010, de 17 diciembre.

La exigencia de “gravedad” del peligro para el equilibrio del sistema natural o la salud de las personas como elemento típico indispensable para configurar el ilícito penal ha llevado a esta audiencia a considerar atípicos los actos de contaminación objeto de recurso. Y ello porque, a pesar de que hubiera varios perjudicados por el ruido del bar, solo se probó el diagnóstico de un trastorno ansioso-depresivo en uno de ellos y la receta de Orfidal, medicamento que el perjudicado solo tomó una vez; asimismo, este no acudió a reconocimiento por especialista en psicoterapia, que le había sido pautado, y alcanzó su curación sin necesidad de tratamiento. Según la Sentencia, “estamos en presencia de padecimientos menores” —la Sentencia recurrida hablaba de “insomnio, dolores de cabeza y mal humor”, que no necesitaron de tratamiento médico—, “por lo que no podemos calificar este padecimiento como de importancia tal para generar grave riesgo a la salud psíquica o física, lo que lleva a la estimación del recurso en este extremo”.

Del mismo modo, la caracterización del delito ecológico como ley penal en blanco que remite en su configuración típica a la “contravención de leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente” también ha llevado a la absolución en el supuesto abordado por la Audiencia Provincial de Murcia en su Sentencia núm. 309/2010, de 10 diciembre.

En este supuesto, “aunque hubo daño a la salud del denunciante lo cierto es que cuando éste se produce no existía suficiente cobertura jurídico-administrativa en la Región de Murcia que sirva para llenar el [...] artículo 325.1 CP. [...]”. El argumento es “que en esas fechas de hechos todavía no estaban en vigor ni el Decreto 48/1998, de 30 de Julio, de Protección del Medio Ambiente frente al Ruido ni por supuesto la Ordenanza sobre Protección del Medio Ambiente contra la Emisión de Ruidos y Vibraciones del Ayuntamiento de Lorca, de 14 de octubre de 2000, obviamente por ser de fechas posteriores a los años 1996 y 1997. Es decir a la fecha en que se produce el daño psíquico al perjudicado todavía no estaba en vigor parte de la normativa administrativa que se invoca para llenar de contenido el art. 325 CP. [...] Ello modifica sustancialmente el planteamiento a seguir en la resolución del recurso. Y también significa que queda abierta al perjudicado la vía civil correspondiente por si tuviera que hacer alguna reclamación al respecto”.

Finalmente, y respecto de los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, debe mencionarse la Sentencia del Tribunal Supremo 983/2010, de 3 de noviembre (Sala de

lo Penal), que estima parcialmente los recursos de casación interpuestos por los acusados contra la Sentencia de 4 de febrero de 2010 dictada por la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña, en la que se les condenaba, entre otras personas, como autores de un delito de pesca con explosivos a las penas de siete meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de pescar por tiempo de un año. El Tribunal Supremo valora en su fundamentación jurídica la prueba testifical que sirve de base al fallo condenatorio en calidad de autores de C., propietario del barco YY, y A., propietario del barco ZZ: “el testigo J. declaró que en la zona de Finisterre habría barcos de Camariñas, entre ellos XX, el YY y otros dos más de los que desconoce el nombre, y otro de Portonovo, y que barcos de Portosín oyeron detonaciones en la zona de Monte Louro. En forma similar declara otro testigo, E., refiriéndose también a varios barcos. El testigo M., en la zona de Monte Louro también relata haber oído explosiones, pero el único barco que avistaron fue el LA, de Cesantes. Otro testigo, D., declaró, según la sentencia, que cuando faenaba en la zona de Finisterre sus marineros le avisaron de que habían oído explosiones, estando en esa zona cuatro barcos de Camariñas, XX, YY y otros dos, y uno de Portonovo, y pensaron que las explosiones venían de donde estaban esos barcos. En cuanto al ZZ, el Tribunal establece que ninguno de los testigos lo observó claramente en la zona, aunque razona que no era muy conocido y que como prueba de cargo se puede valorar el resultado de los registros, la conversación telefónica antes mencionada y otras conversaciones, cuyo contenido no precisa, con L.”. Tales pruebas no son consideradas suficientemente consistentes por el Tribunal Supremo para enervar la presunción de inocencia y establecer como probado, más allá de la duda razonable, que se utilizaron explosivos para pescar desde los barcos propiedad de los acusados en la noche del 26 al 27 de junio de 2006: “En realidad, todos los testigos, tal como sus declaraciones son recogidas por el Tribunal en la sentencia, avistaron varios barcos, incluso de distintos puertos, en esa noche y en las zonas donde se oyeron las explosiones. Pero ninguno de los testigos declaró que concretamente fueran los acusados quienes utilizaron los explosivos desde los barcos de su propiedad. Es claro que la presencia de varias embarcaciones amplía el abanico de posibles autores, por lo que no existen razones suficientes para atribuir la conducta a los recurrentes. Incluso, como se señala en el motivo, se omite cualquier valoración de algunas pruebas, como los informes relativos a los GPS que no sitúan al YY en las zonas donde se oyeron las explosiones, y aunque es cierto, como señala el Ministerio Fiscal que pudiera haber

estado en la zona sin emitir posiciones, el Tribunal nada dice sobre este particular, cuando se trata de un elemento de descargo relevante”. A la insuficiencia de prueba inculpatória añade el Tribunal Supremo la consideración de que la posesión de los explosivos podía encaminarse a otros usos, razón por la cual estima parcialmente los recursos de casación interpuestos y decreta la libre absolución de los acusados respecto del delito contra la fauna.

Amb relació als delictes contra l'ordenació del territori, en aquest període hi ha hagut algunes resolucions jurisprudencials interessants, més pels aspectes controvertits que no pas pels estrictament nous.

Bona mostra n'és la interpretació i l'aplicació de l'article 319.3 CP, o, el que és el mateix, de la facultat jurisdiccional d'ordenar, motivadament, la demolició de l'obra. De forma quasi simultània, es pronuncien dues audiències provincials que mantenen postures contràries (la de les Illes Balears i la de Jaén). Així, mentre que l'Audiència Provincial de Jaén és partidària d'entendre la mesura com a excepcional, i no l'acorda atenent raons com ara l'existència de serveis mínims o d'altres construccions en una zona molt degradada, l'Audiència Provincial de les Illes Balears és partidària de fer tot el contrari, apel·la a la no-identificació del que és discrecional amb el que és excepcional i recalca la natura i els fins que es persegueixen amb la mesura.

Vegem amb més detall els arguments d'una sala i de l'altra. L'Audiència Provincial de Jaén, en la Sentència núm. 211/2010 (Secció 1a), de 5 d'octubre, que confirma la tesi que manté la Sentència la núm. 200/2010 (Secció 1a), de 28 de setembre, parteix que l'article 319.3 CP *“lo que establece es la posibilidad de que el Tribunal acuerde la demolición de lo edificado, pero no como una consecuencia necesaria de la aplicación del tipo penal contenido en ese mismo artículo, sino como una posibilidad que además exige de una motivación específica, lo que parece redundar no solo en ese carácter discrecional, sino incluso en lo excepcional de la adopción de tal medida”*. D'aquesta manera, entén que *“atendidas las circunstancias concurrentes, esencialmente las numerosas construcciones realizadas en la zona, no habiéndose acordado la demolición de las mismas, no ha resultado acreditado que la edificación objeto de debate suponga un grave impacto medio ambiental, ya que la acción enjuiciada obra sobre una zona ya degradada con numerosas construcciones, debiendo tenerse en cuenta además que a dichas viviendas se le abasteció, cuando las mismas fueron destinadas al uso durante la romería de San Isidro, de agua, luz y saneamientos principales (...) y en consecuencia no es lógico ni comprensible acordar judicialmente la demolición de una construcción aislada que con ello se causaría un perjuicio innecesario, y ningún beneficio concreto al bien jurídico a proteger de, escasas, por no decir nulas perspectivas de recuperación”*. La Sala sosté que, en aquest context, una demolició aïllada significaria atorgar *“un trato desigual y discriminatorio al acusado”*, si bé té interès a puntualitzar que *“el hecho de que no se haya acordado la demolición,*

*no significa que el bien jurídico protegido por la norma quede indefensa, ni que la sanción y reproche penal de la condena no tenga virtualidad práctica pues la jurisdicción penal ha actuado y sancionado una conducta ilícita que ha atentado contra la ordenación del territorio, si bien no se considera procedente la demolición, lo cual no implica que en el orden administrativo, que también ha de velar por la utilización del suelo, pueda acordar dicha demolición, pues en efecto el hecho de no acordarse por el juzgador que la obra sea demolida, no significa en absoluto que la realidad opere a modo de sanción legalizadora, ya que pronunciándose la jurisdicción penal, sobre una conducta ilícita que ha atentado contra la ordenación del territorio, el hecho de que el juez de lo Penal, por así haberlo querido expresamente el legislador, no considera oportuno acordar en dicho ámbito penal la demolición de la obra, no impide, que en otro marco, el administrativo, marco que también ha de velar por la lícita utilización del suelo, puede ser acordada la misma”.*

Per la seva banda, l’Audiència Provincial de les Illes Balears, en la Sentència núm. 313/2010 (Secció 2a), de 29 de setembre, i en la Sentència núm. 330/2010 (Secció 2a, de 30 de setembre), sosté la tesi contrària. Concretament, en la primera podem llegir: *“La repetida sentencia 288/2010 de la Sección Primera, que también hacemos nuestra en cuanto a la fundamentación de este extremo, ofrece más que suficientes razones para abordar la demolición, señalado en primer lugar, porque se trata de una obligación legal impuesta por el artículo 109 CP y manifestada en una obligación de hacer, a su costa, del artículo 112 CP; en segundo lugar, porque constituye un principio general del Derecho enunciado bajo el brocardo ex iniuria ius non oritur, es decir, que de un acto ilícito no puede nacer un derecho; en tercer lugar, porque motivos de prevención general aconsejan no lanzar el pernicioso mensaje a la ciudadanía de que tras la imposición de una pena de no cumplimiento el delincuente puede retener el producto del delito; en cuarto lugar, porque no tendría sentido diferir la demolición a un procedimiento administrativo posterior que hasta el momento se ha mostrado ineficaz a causa de la conducta rebelde y delictiva del acusado; y, en quinto lugar, porque se trata ésta de la única forma de reforzar la normativa urbanística, tanto solicitando las preceptivas licencias, como abonando los impuestos a ellas asociadas”.*

Una altra qüestió que, amb la recent modificació del Codi penal, té encara més interès, si és possible, és la relativa al significat i a la transcendència de l’expressió “no autorizable” que conté la conducta típica de l’article 319 CP. En aquest sentit, cal

destacar la Sentència de l'Audiència Provincial de les Illes Balears núm. 313/2010 (Secció 2a), de 29 de setembre, que ja hem esmentat, quan recorda amb fermesa que *“nuestro Legislador precisamente introdujo los delitos contra la ordenación del territorio (y otros) en el Código de 1995, debido, si no a la desidia, a la impotencia o a la ineficacia de la Administración (del procedimiento administrativo sancionador) para cortar los abusos y los desmanes, así como la anarquía, que en este ámbito del medio ambiente y también de la ordenación del territorio venían ser algo frecuente e indeseable. Cabe admitir que la inserción del inciso «no autorizable» en el artículo 319.2 no está exenta de polémica en su interpretación y que introduce alguna posible confusión, pero lo que no podemos admitir es que la eventual autorizabilidad se extienda ad calendas grecas; a lo sumo podría admitirse que sea autorizable cuando, no estando autorizada cuando se consuma la infracción, se autoriza en el curso del proceso (penal) o sea previsible, por actos concluyentes, que lo sea en una fecha posterior cercana a la celebración del juicio o en un plazo razonable”*. El mateix criteri es troba en la base de la Sentència de l'Audiència Provincial d'Astúries núm. 227/2010 (Secció 3a), de 7 d'octubre, quan afirma: *“si se admitiese ese argumento en el que se ofrece la eventualidad de la autorización como mera posibilidad abstracta, se vendría a vaciar de contenido el tipo, pues en abstracto y de manera retórica, cualquier obra que no trasvasara los límites, de lo grosero —aunque llegue o se aproxime a él— como manifestación de ataque al valor ecológico y medioambiental, podría vagamente, ser autorizado, otorgándole el crédito de lo autorizable. Como ello no es admisible, debe competir al órgano jurisdiccional penal valorar en cada caso si aquella mera posibilidad cuenta, o no, con un fundamento razonable y serio con arreglo al referente normativo que permitiría la legalización o autorización”*.

Encara amb relació a l'element *“no autorizable”*, podem esmentar la Sentència de l'Audiència Provincial de Jaén núm. 206/2010 (Secció 1a), de 29 de setembre, que en el context de la valoració d'un possible error de tipus recorda que *“hay que exigir que el dolo del autor se extienda al conocimiento de que la edificación fuera no autorizable, esto es, que hubiera sido levantada sin autorización y licencia y, además, que no fuera posible subsanar la situación, legalizándola, por no permitirlo la legislación urbanística, y que se efectúe en suelo no urbanizable”*; o la Sentència de l'Audiència Provincial de Múrcia núm. 271/2010 (Secció 3a), de 9 de setembre, que analitza la

possible infracció del principi acusatori, en cas que la dada que la construcció realitzada “no era susceptible de legalización” s’incorpori d’ofici al relat dels fets provats.

En un altre ordre de consideracions, cal celebrar la denúncia, cada vegada més freqüent, que els tribunals fan respecte de la invocació “inoportuna i inconvenient” del principi d’intervenció mínima. Valgui com a exemple, una vegada més, la Sentència de l’Audiència Provincial de les Illes Balears núm. 313/2010 (Secció 2a), de 29 de setembre: *“en cuanto al manido principio de intervención mínima venimos denunciando el abuso que del mismo se viene haciendo en el foro, esgrimiéndose constantemente por las Defensas e incorporándolo con frecuencia los Juzgados en la fundamentación de sobreseimientos y pronunciamientos absolutorios. Al respecto venimos recordando cómo la jurisprudencia (el Fiscal nos hace cita de las sentencias de 28 de febrero de 2005 y de 28 de marzo de 2006 , pero hay otras muchas) señala que el derecho penal se rige por dos principios: el de legalidad y el de intervención mínima, dirigiéndose e primero a los Jueces y Tribunales, y el segundo al Legislador, como postulado razonable de política criminal, pero que en la praxis judicial, aún pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad, por cuanto no es al Juez, sino al Legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. (...) la invocación que del principio de intervención mínima se hace en la sentencia apelada resulta inoportuna e inconveniente, no pudiendo ser soporte del fallo absolutorio, porque en modo alguno puede fundamentar la interpretación restrictiva, ni del bien jurídico protegido en el artículo 319 del Código Penal, ni del elemento del tipo consistente en que la edificación ilegal sea no autorizable”*.

En relació amb la jurisprudència relativa als delictes contra el medi ambient, en aquest període no hi ha hagut pronunciaments rellevants. De la poca jurisprudència publicada en les bases de dades —que, per cert, majoritàriament fa referència a actes de contaminació acústica— en cal destacar, en primer lloc, la Sentència de l’Audiència Provincial de Toledo núm. 84/2010, de 17 desembre.

L’exigència de “gravetat” del perill per a l’equilibri del sistema natural o per a la salut de les persones com a element típic indispensable per configurar l’il·lícit penal ha portat a aquesta Audiència a considerar atípics els actes de contaminació objecte de recurs. I això perquè malgrat que hi havia unes quantes persones perjudicades pel soroll del bar, només es va provar el diagnòstic de trastorn ansiós depressiu en una d’elles i la recepta

d'Orfidal, medicament que la persona afectada només va prendre una vegada, sense que acudís a l'especialista en psicoteràpia, com se li havia indicat, la qual va curar-se sense tractament. Segons la sentència "*estamos en presencia de padecimientos menores*" —la sentència recorreguda parlava d'"*insomnio, dolores de cabeza y mal humor*" sense tractament mèdic—, "*por lo que no podemos calificar este padecimiento como de importancia tal para generar grave riesgo a la salud psíquica o física, lo que lleva a la estimación del recurso en este extremo*".

De la mateixa manera, la caracterització del delictes ecològic com a llei penal en blanc que remet en la seva configuració típica a la "*contravención de leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*", també ha portat a l'absolució en el supòsit que ha abordat l'Audiència Provincial de Múrcia en la Sentència núm. 309/2010, de 10 desembre.

En aquest supòsit "*aunque hubo daño a la salud del denunciante lo cierto es que cuando éste se produce no existía suficiente cobertura jurídico-administrativa en la Región de Murcia que sirva para llenar el (...) artículo 325.1 CP*". L'argument és "*que en esas fechas de hechos todavía no estaban en vigor ni el Decreto 48/1998, de 30 de Julio, de Protección del Medio Ambiente frente al Ruido ni por supuesto la Ordenanza sobre de Protección del Medio Ambiente contra la Emisión de Ruidos y Vibraciones del Ayuntamiento de Lorca, de 14 de octubre de 2000, obviamente por ser de fechas posteriores a los años 1996 y 1997. Es decir a la fecha en que se produce el daño psíquico al perjudicado todavía no estaba en vigor parte de la normativa administrativa que se invoca para llenar de contenido el art. 325 CP. (...) Ello modifica sustancialmente el planteamiento a seguir en la resolución del recurso. Y también significa que queda abierta al perjudicado la vía civil correspondiente por si tuviera que hacer alguna reclamación al respecto*".

Finalment, i respecte dels delictes relatius a la protecció de la flora i fauna, hem d'esmentar la Sentència del Tribunal Suprem 983/2010, de 3 de novembre (Sala Penal), que estima parcialment els recursos de cassació interposats per les parts acusades contra la Sentència de 4 de febrer de 2010 dictada per la Secció 2a de l'Audiència Provincial de la Corunya, condemnades, entre altres, com a autors d'un delictes de pesca amb explosius a la pena de set mesos de presó, amb inhabilitació especial per al dret de sufragi passiu i inhabilitació especial per exercir el dret a pescar durant un any. El Tribunal Suprem valora en la seva fonamentació jurídica la prova testifical que serveix

de base a la decisió condemnatòria en qualitat d'autors de C., propietari del vaixell YY, i A., propietari del barco ZZ: *“el testigo J. declaró que en la zona de Finisterre habría barcos de Camariñas, entre ellos XX, el YY y otros dos más de los que desconoce el nombre, y otro de Portonovo, y que barcos de Portosín oyeron detonaciones en la zona de Monte Louro. En forma similar declara otro testigo, E., refiriéndose también a varios barcos. El testigo M., en la zona de Monte Louro también relata haber oído explosiones, pero el único barco que avistaron fue el LA, de Cesantes. Otro testigo, D., declaró, según la sentencia, que cuando faenaba en la zona de Finisterre sus marineros le avisaron de que habían oído explosiones, estando en esa zona cuatro barcos de Camariñas, XX, YY y otros dos, y uno de Portonovo, y pensaron que las explosiones venían de donde estaban esos barcos. En cuanto al ZZ, el Tribunal establece que ninguno de los testigos lo observó claramente en la zona, aunque razona que no era muy conocido y que como prueba de cargo se puede valorar el resultado de los registros, la conversación telefónica antes mencionada y otras conversaciones, cuyo contenido no precisa, con L.”*. El Tribunal Suprem no considera que aquestes proves siguin prou consistents per enervar la presumpció d'innocència i establir com a provat, més enllà del dubte raonable, que es van utilitzar explosius per pescar des dels vaixells propietat dels acusats la nit del 26 al 27 de juny de 2006: *“En realidad, todos los testigos, tal como sus declaraciones son recogidas por el Tribunal en la sentencia, avistaron varios barcos, incluso de distintos puertos, en esa noche y en las zonas donde se oyeron las explosiones. Pero ninguno de los testigos declaró que concretamente fueran los acusados quienes utilizaron los explosivos desde los barcos de su propiedad. Es claro que la presencia de varias embarcaciones amplía el abanico de posibles autores, por lo que no existen razones suficientes para atribuir la conducta a los recurrentes. Incluso, como se señala en el motivo, se omite cualquier valoración de algunas pruebas, como los informes relativos a los GPS que no sitúan al YY en las zonas donde se oyeron las explosiones, y aunque es cierto, como señala el Ministerio Fiscal que pudiera haber estado en la zona sin emitir posiciones, el Tribunal nada dice sobre este particular, cuando se trata de un elemento de descargo relevante”*. A la insuficiència de prova inculpatòria el Tribunal Suprem hi afegeix la consideració que la possessió dels explosius podia encaminar-se a altres usos, raó per la qual estima parcialment els recursos de cassació interposats i decreta la lliure absolució dels pronunciats respecte del delicte contra la fauna.