

2.2. JURISPRUDENCIA GENERAL: DERECHO PENAL (pp. 2-10)

—

2.2. JURISPRUDÈNCIA GENERAL: DRET PENAL (pp. 11-19)

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

El análisis de la jurisprudencia de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente invita a empezar esta crónica con una breve reflexión.

Sigue sorprendiendo que, después de casi quince años del Código Penal de 1995, algunas sentencias continúen utilizando argumentos claramente reconducibles a la descripción típica anterior pero más difícilmente incardinables en la redacción vigente. Esto sucede particularmente con relación al elemento típico del peligro de grave perjuicio para los sistemas naturales. Por una parte, la naturaleza de peligro concreto o abstracto del tipo sigue siendo algo confusa a pesar del cambio de redacción típica que supuso el artículo 325, pues algunas resoluciones judiciales todavía se refieren de forma expresa (y errónea) al carácter concreto del peligro (así, el Auto núm. 190/2010, de 25 de febrero, de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1.^a).

Por otra parte, la concreción del bien jurídico protegido por el delito sigue planteando dudas. En este punto no existe acuerdo doctrinal con relación a si se encuentran igualmente protegidos en el tipo básico el equilibrio de los sistemas naturales y la salud de las personas, por lo que son posibles las dos vías interpretativas (una buena muestra de ello son la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 289/2010, de 19 de abril, y la Sentencia núm. 55/2010, de 1 de junio, de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 2.^a, que aluden “tanto al factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro”); pero lo que resulta difícil de comprender es la remisión a la redacción típica anterior para delimitar el alcance del delito, mezclándola con argumentos propios de la redacción vigente. Es éste el caso del Auto núm. 13/2010, de 9 de febrero, de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1.^a: “Así, para poder apreciar la existencia del delito ecológico regulado por el artículo 325 del Código Penal, además de exigir la infracción de las normas administrativas de carácter general protectoras del medio ambiente, no basta con la comisión de cualquiera de las acciones que de manera prolija se describen —que no son suficientes para fundar la imputación—, sino que es preciso un plus de lesividad, cual es la puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales. Por lo tanto, el desvalor del resultado tiene un doble

contenido, ya que a la realización de una lesión al medio ambiente, debe unirse el potencial perjuicio para el equilibrio de los ecosistemas. En definitiva, el tipo imputado al acusado exige el concurso de los siguientes elementos: a) Una acción definida como “provocar” o “realizar” directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas; b) un elemento normativo que consiste en la infracción de norma medioambiental; y c) la producción de un resultado típico consistente en la creación de un peligro grave para la salud de las personas o que la conducta sea susceptible de perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles”. Qué duda cabe que la alusión a este tercer elemento, que se corresponde con el texto derogado, es distorsionador a la hora de interpretar la norma vigente.

Siguiendo ahora ya con el análisis de otras cuestiones, podemos mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 289/2010, de 19 de abril, que insiste en la vieja cuestión de la falta de capacidad de justificación de la autorización administrativa. Así, recuerda que “el hecho de que con anterioridad la Administración pudiese autorizar vertidos similares no supone la exclusión del elemento del tipo referido a la grave peligrosidad del vertido. La autorización se efectuó en un marco concreto —como paso intermedio para conseguir alcanzar los límites que se fijaban en el Plan de Regularización de Vertidos presentado por exigencia del Real Decreto 484/1995 de 7 de abril (RCL 1995, 1241)— que ya no estaba vigente en el momento del vertido aquí examinado por lo que tampoco tienen relevancia tales límites como baremo para considerar la gravedad y peligrosidad o no del vertido. A este respecto, se hace preciso recordar que ya en nuestra STS n.º 7/2002, de 19 de enero (RJ 2002, 1315), se dejaba claramente sentado que ni la pasividad, ni la tolerancia de la Administración, ni las resoluciones dictadas por ésta que contravienen las disposiciones legales vigentes en la materia sobre los límites máximos de vertidos contaminantes, pueden convertir en lícita una actividad típicamente antijurídica”.

Es igualmente remarcable en este período jurisprudencial la línea de continuidad en la consideración penal de los casos de contaminación acústica. El ya mencionado Auto núm. 190/2010, de 25 de febrero, de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1.^a, gira alrededor de la cuestión de la pasividad de la Administración pública en el control de los ruidos. Por una parte, delimita qué cabe considerar por pasividad a los efectos de exonerar penalmente a un alcalde, tanto a los efectos de la prevaricación ambiental como del artículo 412.3 del CP; y, a su vez, y sobre la base de las mismas consideraciones, revoca el sobreseimiento libre con relación a otro imputado, esta vez en el marco del artículo 325 CP. Por su parte, la Sentencia núm. 34/2010, de 15 de febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3.^a, se plantea la cuestión del nexo causal o la relación entre los ruidos provocados y las lesiones sufridas por los denunciadores, al afirmar que es suficiente para el reproche penal la pervivencia y el agravamiento o recrudecimiento de una enfermedad previa cuando la causa de ésta ya eran los ruidos. Asimismo, en cuanto a la calificación penal de estas lesiones, recuerda que “la comisión de un delito del artículo 325 del Código Penal, en su manifestación de emisiones ruidosas, cuando genera un resultado lesivo o menoscabo de la salud psíquica de los afectados ha de merecer una respuesta sancionatoria por dicho resultado lesivo, que será de falta o de delito atendiendo a si las dolencias padecidas han necesitado o no de tratamiento médico”.

Por lo que respecta a los delitos contra la ordenación del territorio, las sentencias recaídas en este periodo continúan fijando la misma jurisprudencia respecto a la interpretación de los elementos típicos. En primer lugar, y respecto a los sujetos activos, se continúa considerando que el término ‘promotor’ no debe reservarse para quien actúa profesionalmente en tal concepto, ya que el vocablo ‘promotor’ designa a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que impulsa o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación. De este modo, siguiendo a la mayoría de la doctrina, apoyándose en el artículo 264 del RDLeg 1/1992 de 26 de junio —que aprobó el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana—, se entiende que el concepto jurídico-penal de promotor y/o constructor incluye “no sólo a los profesionales de la promoción o construcción, sino también a los particulares que como tales construyeron o edificaron” (Sentencia

núm. 566/2010, de 19 de julio, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 2.^a; Auto núm. 210/2010, de 16 de abril, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1.^a).

En segundo lugar, y respecto al concepto de ‘construcción’, la Sentencia núm. 48/2010, de 16 de abril, de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2.^a, insiste en que “sí puede entenderse en términos teóricos que una simple excavación para cimientos de algo que se va a alzar, cumple el inicio de la acción típica ex art. 319.1 CP, un delito que es de simple actividad, con más razón, en este caso, son “construcción” todos los movimientos de tierra, desmontes, vertidos, explanaciones con maquinaria pesada, etc. a favor de una magna transformación del suelo forestal (...). No tenemos la menor duda de que la actividad mediante la cual aparece esa red de caminos donde antes no existían, debe calificarse como “construcción”, por cuanto se produce por la obra del hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de zona geográfica afectada, debiéndose tener en cuenta la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador, que emplea el vocablo ‘construcción’ como acción típica en el epígrafe 1º del precepto, y ‘edificación’ en el 2º, mucho más restringido que el otro”, pero es que, además, completa su argumentación declarando que “desde luego se comprenden en el término ‘construcción’ del precepto citado obras idénticas a las que en el supuesto de autos fueron realizadas, como almacén, balsa de grandes dimensiones, movimientos de tierra, desmontes, explanaciones con maquinaria pesada, terrazas, etc., de modo que no se puede hablar de obras que no incorporan elementos físicos permanentes, ni de escasa entidad”.

También respecto al concepto de ‘construcción’ se continúa considerando que son edificios una cabaña de madera a pesar de estar posada sobre una losa de hormigón, sin cimientos, ni fosa séptica, ni conexiones de agua o luz, y una casetilla de madera, siendo indiferente que se destine a caseta de aperos. Se ha considerado y se viene manteniendo que “no es decisivo el carácter desmontable de la construcción, ni que ésta sea de madera, y resulta contrario a la más elemental lógica la alegación de que se trata de obras de carácter transitorio, de quita y pon, por su aspecto antieconómico” (Auto núm. 210/2010, de 16 de abril, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1.^a).

En la ya aludida Sentencia núm. 48/2010, de 16 de abril, de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2ª, se continúa manteniendo la jurisprudencia que afirmaba que la construcción no podía entenderse “autorizada” por silencio administrativo cuando contravenga la ordenación territorial o urbanística: “no es admisible que dicha licencia se haya de entender concedida por silencio administrativo positivo en base a lo dispuesto en el artículo 172.5º LOUA, pues tal precepto (...) declara que efectivamente el silencio se habrá de entender positivo trascurridos los tres meses sin resolución, pero en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, y sin perjuicio claro está, de la obligación de comunicar el comienzo de la obra al municipio con al menos diez días de antelación, de modo que como con acierto expone el Mº Fiscal (...) en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”. En la conducta de autos se acabó conviniendo que “la misma constituye un ataque o lesión grave del bien jurídico protegido, la ordenación del territorio, al no tratarse de una construcción simplemente efectuada sin autorización, sino que pese a alegarse que las obras realizadas son legalizables, no es esta la conclusión alcanzada en la instancia basada en la declaración del Sr. Inspector de la Dirección General de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda en juicio en relación al informe elaborado por el mismo —folio 188 y ss.—, y que esta Sala necesariamente debe compartir, porque el mismo afirmó con rotundidad, que dichas obras no son susceptibles de legalización alguna, por estar prohibidas por el artículo 37 del Plan Especial de Protección del Medio Físico de la Provincia de Jaén, al estar catalogado el suelo de la parcela 6, del polígono 6 de la Guardia, según las NNSS, como no urbanizable, por encontrarse dentro concretamente del Espacio Protegido de la Sierra San Cristóbal”.

Respecto al concepto *autorizable*, se sigue afirmando que “cuando el legislador introduce en el artículo 319.2 del CP la mención de que la edificación ilegal ha de ser “no autorizable”, no se está refiriendo a la eventualidad de que en un futuro, más o menos incierto, pudiera modificarse la legalidad urbanística. Esta interpretación conduciría al absurdo, puesto que en el terreno de las hipótesis de trabajo, toda calificación, incluso la declaración de especial protección, es susceptible de

modificación por decisión del legislador o de la administración competente en materia urbanística, por lo que este elemento del tipo ha de referirse necesariamente a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza, de modo que no basta que se haya levantado sin licencia y que se haya hecho en suelo no urbanizable, sino que es necesario que, además, sea contrario a la legalidad urbanística objetiva vigente en el momento y que por ello, no hubiera sido posible su autorización” (Auto núm. 210/2010, de 16 de abril, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1.ª). Insiste también en ello la Sentencia núm. 106/2010, de 19 de julio, de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, que, en su fundamento octavo, considera irrelevante que el Ayuntamiento quisiera ampliar el límite del suelo urbano y que la construcción objeto de autos estuviera comprendida en dicha ampliación: “Esta es una cuestión totalmente intrascendente, pues, como ya se ha dicho, el análisis debe efectuarse respecto de la regulación vigente en el momento de comisión del delito, y no constanding que política o técnicamente se haya considerado procedente la ampliación la misma carece en absoluto de eficacia”.

Precisamente por no plantear novedades respecto a la interpretación de los elementos del delito, de todas las resoluciones de este periodo merece ser destacada la Sentencia núm. 106/2010, de 19 de julio, de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª. La resolución tenía por objeto la construcción de una vivienda unifamiliar sobre un terreno calificado como suelo rústico no urbanizable de especial protección, al estar comprendido en el ámbito de protección de los “lugares de interés comunitario” y en una “zona de especial protección de aves” de las sierras de Alcaraz y Segura y cañones del Segura y del Mundo, que tienen la consideración de zonas sensibles y están, por lo tanto, incluidas en la Red Regional de Áreas Protegidas. Además, la vivienda construida estaba a una distancia inferior a cien metros del cauce del río Madera, sin que conste que el acusado haya solicitado ninguna autorización a la Confederación Hidrográfica del Segura para poder construir.

Si merece ser destacada es por referencias al error de tipo. En su fundamento tercero, la Audiencia resuelve la alegación del condenado de que ignoraba que la zona en la que pensaba edificar estuviera protegida con las figuras normativas aludidas. Sin embargo —argumenta el tribunal—, “tal error no merece ser amparado por el Derecho, pues es

un error interesado, provocado voluntariamente por el sujeto, al situarse al margen de la legalidad, al no solicitar la preceptiva licencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2005 [RJ 2005, 6709] establece que es irrelevante la alegación de error hecha por quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer y sin embargo trata de aprovecharse de esa situación (en el mismo sentido, SSTS 946/2002 [RJ 2002, 7488]; 1583/2000 [RJ 2000, 9534] y 1637/99 [RJ 2000, 433]). Sin perjuicio de lo expuesto, el recurrente no puede negar que desde que intervino la Guardia Civil y le informó de la inclusión del terreno en las ‘Zonas’ de protección sabía que, de continuar con la obra, incurriría en el tipo penal, y aun así lo hizo (...). El hecho de que el Juzgado no le prohibiera, como medida cautelar, la continuación de las obras hasta un momento posterior no significa, ni mucho menos, que no estuviera vigente la prohibición genérica de construir en aquel lugar derivada de la inclusión de los terrenos en las ‘Zonas’ de protección paisajística y de aves”.

Todavía en referencia al error, en este caso, de prohibición, también la Sentencia núm. 144/2010, de 29 de abril, de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3.ª, lo desestima al considerar que “la falsa idea de que su obra podría ser legalizada pues había otras alrededor sin licencia y habida cuenta del posible destino rústico no puede equipararse en absoluto a un error sobre la ilicitud de lo que se estaba realizando, máxime cuando según hemos referido se cuestionó tal legalidad (...). Se olvida con ello que hoy son valores indiscutibles de la actual social democrática protegidos con la respuesta penal algunos que eran desconocidos en épocas anteriores: los delitos contra la hacienda pública, o los derechos de los trabajadores, contra el medio ambiente. La necesidad de licencia urbanística para efectuar obras o la ilicitud de construir sin licencia y en suelo no urbanizable forma parte ya del acervo de conocimientos comunes, por lo que no cabe alegar genéricamente su desconocimiento”.

En materia de delitos relativos a la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos, cabe citar la Sentencia 271/2010, de 22 de junio, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.ª, que desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de 16 de marzo de 2010 dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Villarreal, que confirmó el archivo de la causa promovida por un

presunto delito relativo a la protección de la flora y fauna, previsto en el artículo 336 CP.

En la Sentencia se declara probado que “el denunciado S. se encontraba el día 13 de octubre de 2008 cazando en el paraje Solaes-Camí Sant Jordi del término municipal de Villarreal, empleando el método tradicionalmente conocido como ‘parany’”, método de caza consistente en el empleo de varetas impregnadas de liga o pegamento dispuestas sobre perchas instaladas en árboles-barraca, que permite la captura de aves cuando se posan sobre las ramas, al quedarse éstas adheridas a las varetas. El Ministerio Fiscal argumentó que el *parany* es un método masivo que contraviene tanto lo dispuesto en el artículo 12.1.c de la Ley de Caza de la Comunidad Valenciana, como en el artículo 8 de la Directiva 79/409 CEE, de 2 de abril de 1979, de Conservación de Aves, por lo que los hechos denunciados serían susceptibles de tipificarse conforme al artículo 336 CP; en este contexto, la Ley 7/2009, de 22 de octubre, que reformó la Ley de Caza de la Comunidad Valenciana, no habría modificado la situación normativa existente, por cuanto sólo prevé la futura autorización individualizada de tal medio de caza, sin que se haya producido por el momento, de modo que en la fecha de los hechos la conducta investigada era constitutiva de delito, debiendo proseguir la tramitación de las actuaciones.

En su fundamentación jurídica, la Sentencia afirma que el artículo 336 CP “introduce un delito de mera actividad, sin necesidad de resultado, adelantando la intervención penal, en atención a la potencialidad lesiva intrínseca de los medios empleados, en concreto, el veneno y los medios explosivos, en la medida en que causan la muerte de las especies de forma incontrolada, irreversible, no selectiva, cuyos efectos son además acumulativos en la cadena trófica, y con potenciales efectos devastadores perdurables. El tipo penal en cuestión exige, por consiguiente, la concurrencia de los siguientes requisitos: en primer lugar, uno negativo, la falta de autorización legal; en segundo lugar un elemento objetivo, la utilización de los medios que prevé el precepto, veneno, explosivos u otros de similar eficacia destructiva para la fauna, concepto éste último que por su carácter analógico debe ser necesariamente interpretado de forma restrictiva; se trata de la potencialidad destructiva del método empleado; y, en tercer y último lugar, el

elemento volitivo, que exige que el empleo de los medios esté dirigido o tenga por objeto la caza o pesca”.

La Audiencia Provincial rechaza que la reforma de la Ley de Caza de la Comunidad Valenciana operada en el 2009 sea suficiente para descartar la tipicidad del comportamiento, entre otras razones porque “el hecho de contemplar su normativa la regulación de esta modalidad de caza no supone «la autorización legal» para su desempeño en cuanto que sólo con el cumplimiento de los requisitos exigidos para desarrollar esta modalidad de caza, que la Ley reenvía a un futuro desarrollo reglamentario, y con la publicación de la correspondiente orden sobre períodos hábiles de caza y levantamiento de veda, puede entenderse integrado el requisito legal de la «autorización legal» para cazar mediante esta modalidad de caza”. Sin embargo, a la hora de analizar el segundo requisito del tipo (esto es, la exigencia de la potencialidad lesiva del medio o instrumento utilizado para cazar, que ha de poseer “análoga eficacia destructiva”), niega la relevancia penal de la conducta sobre la base de los siguientes razonamientos: no toda utilización de medios o artes prohibidos constituye infracción penal, sino que, en ocasiones, puede merecer la calificación de infracción administrativa, excediéndose sólo el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración para pasar a integrar el tipo penal “cuando el uso de instrumentos o artes de caza tengan características similares al uso de veneno o de explosivos, en la medida en que no permitan discriminar la especie capturada o que ocasionen una masiva destrucción de la misma (empleo de lazos, sustancias tóxicas, etc.)”; la “análoga eficacia destructiva” ha de ser interpretada de forma estricta, “aprehendiendo el verdadero alcance y aptitud destructiva de los medios que sí concreta la norma penal, sin incluir en esa cláusula genérica otros medios que no cumplan la totalidad de las cualidades inherentes a la capacidad destructiva que quepa predicar de los mismos”.

Partiendo de esta perspectiva, concluye la Sentencia que “la modalidad de caza tradicional del *parany* no puede ser considerada como un método o arte de caza de similar eficacia destructiva para la fauna que el veneno o los medios explosivos. Lo que caracteriza a los medios de caza que de forma ejemplificativa establece el precepto, «veneno y medios explosivos», es su potencialidad lesiva intrínseca, no sólo por su carácter no selectivo e indiscriminado, sino por la imposibilidad de reverso de la

situación, o de control de sus efectos devastadores. El veneno y los explosivos pueden llegar a tener una incidencia directa en el medio ambiente en sentido amplio, en la medida en la que el primero se inserta de manera incontrolada e irreversible en la cadena trófica, y el segundo es capaz de destruir irremisiblemente todo cuanto se halle al alcance de su radio de acción. Ambos métodos provocan de forma necesaria e irreversible la muerte de los especímenes afectados, lo que no cabe predicar del uso de la liga, el reclamo eléctrico o empleo posterior de disolvente, que si bien constituyen medios prohibidos por la normativa comunitaria y estatal, carecen de semejante potencialidad destructiva, y sus efectos no aparecen irreversibles, no causan per se la muerte de los ejemplares capturados, ni sus efectos mortales pueden considerarse intrínsecamente acumulativos, pues incluso se admite pericialmente que un elevado porcentaje de las aves capturadas pueden sobrevivir a su captura con el cumplimiento de las adecuadas prevenciones por parte del cazador. Por todo ello, no es posible asimilar, en los estrictos términos que reclama las garantías de taxatividad e interpretación restrictiva que se destilan del principio de legalidad penal, una razón de analogía, en términos de similar poder destructivo para la fauna, de los medios de caza empleados en la práctica denominada tradicionalmente como *parany*, descartando la tipicidad de la conducta y reconduciendo los hechos al ámbito administrativo en el que, en su caso, podrá originarse la correspondiente responsabilidad de este tipo”.

L'anàlisi de la jurisprudència dels delictes contra els recursos naturals i el medi ambient convida a començar aquesta crònica amb una breu reflexió.

Ens continua sorprenent que després de gairebé quinze anys del Codi penal de 1995, algunes sentències continuïn utilitzant arguments clarament reconduïbles a la descripció típica anterior però més difícilment encardinables en la redacció vigent. Això succeeix particularment amb relació a l'element típic del perill de greu perjudici per als sistemes naturals. D'una banda, la natura de perill concret o abstracte del tipus continua apareixent una mica confusa malgrat el canvi de redacció típica que va suposar l'article 325, perquè algunes resolucions judicials encara fan referència de forma expressa (i errònia) al caràcter concret del perill —així, la Interlocutòria núm. 190/2010, de 25 febrer, de l'Audiència Provincial de Burgos (Secció 1a).

D'altra banda, la concreció del bé jurídic protegit per delicte continua plantejant dubtes. Ben cert és que en aquest punt no hi ha acord doctrinal amb relació a si es troben igualment protegits en el tipus bàsic l'equilibri dels sistemes naturals i la salut de les persones, per la qual cosa són possibles les dues vies interpretatives —una bona mostra d'això són la Sentència del Tribunal Suprem núm. 289/2010, de 19 d'abril, o la Sentència núm. 55/2010, d'1 juny, de l'Audiència Provincial de les Illes Balears (Secció 2a)—, que al·ludeixen a *“tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro”*; però el que resulta difícil de comprendre és la remissió a la redacció típica anterior per delimitar l'abast del delicte, barrejant-lo amb arguments propis de la redacció vigent. Aquest és el cas de la Interlocutòria núm. 13/2010, de 9 febrer, de l'Audiència Provincial de Segòvia (Secció 1a): *“Así, para poder apreciar la existencia del delito ecológico regulado por el art. 325 del Código Penal, además de exigir la infracción de las normas administrativas de carácter general protectoras del medio ambiente, no basta con la comisión de cualquiera de las acciones que de manera prolija se describen, —que no son suficientes para fundar la imputación, —sino que es preciso un plus de lesividad, cual es la puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales. Por lo tanto, el desvalor del resultado tiene un*

doble contenido, ya que a la realización de una lesión al medio ambiente, debe unirse el potencial perjuicio para el equilibrio de los ecosistemas. En definitiva, el tipo imputado al acusado exige el concurso de los siguientes elementos: a) Una acción definida como, en «provocar» o «realizar» directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas; b) Un elemento normativo que consiste en la infracción de norma medioambiental; y c) La producción de un resultado típico consistente en la creación de un peligro grave para la salud de las personas o que la conducta sea susceptible de perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles”. Sens dubte, l'al·lusió a aquest tercer element, que es correspon amb el text derogat, és distorsionadora a l'hora d'interpretar la norma vigent.

Continuant ara amb l'anàlisi d'altres qüestions, podem esmentar la Sentència del Tribunal Suprem núm. 289/2010, de 19 d'abril, que insisteix en l'antiga qüestió de la falta de capacitat de justificació de l'autorització administrativa. Així, recorda: *“el hecho de que con anterioridad la Administración pudiese autorizar vertidos similares no supone la exclusión del elemento del tipo referido a la grave peligrosidad del vertido. La autorización se efectuó en un marco concreto —como paso intermedio para conseguir alcanzar los límites que se fijaban en el Plan de Regularización de Vertidos presentado por exigencia del Real Decreto 484/1995 de 7 de abril (RCL 1995, 1241) — que ya no estaba vigente en el momento del vertido aquí examinado por lo que tampoco tienen relevancia tales límites como baremo para considerar la gravedad y peligrosidad o no del vertido. A este respecto, se hace preciso recordar que ya en nuestra STS n° 7/2002, de 19 de enero (RJ 2002, 1315), se dejaba claramente sentado que ni la pasividad, ni la tolerancia de la Administración, ni las resoluciones dictadas por ésta que contravienen las disposiciones legales vigentes en la materia sobre los límites máximos de vertidos contaminantes, pueden convertir en lícita una actividad típicamente antijurídica”.*

En aquest període jurisprudencial és igualment remarcable la línia de continuïtat en la consideració penal dels casos de contaminació acústica. La Interlocutòria núm.

190/2010, de 25 febrer, de l'Audiència Provincial de Burgos (Secció 1a) gira al voltant de la qüestió de la passivitat de l'Administració pública a l'hora de controlar el soroll. D'una banda, delimita què cal considerar per passivitat als efectes d'exonerar penalment un alcalde, tant als efectes de la prevaricació ambiental com de l'article 412.3 del CP; i al seu torn, i basant-se en les mateixes consideracions, revoca el sobreseïment lliure amb relació a un altre imputat, aquesta vegada en el marc de l'article 325 CP. Per la seva banda, la Sentència núm. 34/2010, de 15 febrer, de l'Audiència Provincial de Múrcia (Secció 3a) es planteja la qüestió del nexa causal o relació entre els sorolls provocats i les lesions que han patit els denunciants, i afirma que per al retret penal n'hi ha prou amb la pervivència i l'agreujament o la recrudescència d'una malaltia prèvia, quan la causa ja n'era els sorolls. Així mateix, quant a la qualificació penal d'aquestes lesions, recorda que *“la comisión de un delito del artículo 325 del Código Penal, en su manifestación de emisiones ruidosas, cuando genera un resultado lesivo o menoscabo de la salud psíquica de los afectados ha de merecer una respuesta sancionatoria por dicho resultado lesivo, que será de falta o de delito atendiendo a si las dolencias padecidas han necesitado o no de tratamiento médico”*.

Pel que fa als delictes contra l'ordenació del territori, les sentències recaigudes en aquest període continuen fixant la mateixa jurisprudència respecte a la interpretació dels elements típics. En primer lloc, i pel que fa als subjectes actius, es continua considerant que el terme “promotor” no ha de reservar-se per a qui actua professionalment en aquest concepte, ja que el mot *promotor* designa qualsevol persona, física o jurídica, pública o privada que impulsa o finança, amb recursos propis o aliens, obres d'edificació per a si mateix o per a la seva posterior alienació. D'aquesta manera, seguint la majoria de la doctrina que, basant-se en l'article 264 del RDLEG 1/1992 de 26 de juny —que va aprovar el text refós de la llei sobre règim del sòl i ordenació urbana—, s'entén que el concepte juridicopenal de promotor i/o constructor inclou *“no sólo a los profesionales de la promoción o construcción, sino también a los particulares que como tales construyeron o edificaron”* —Sentència núm. 566/2010, de 19 juliol, de l'Audiència Provincial d'Alacant (Secció 2a); Interlocutòria núm. 210/2010, de 16 abril, de l'Audiència Provincial de Sevilla (Secció 1a).

En segon lloc, i respecte al concepte “construcció”, la Sentència núm. 48/2010, de 16 abril, de l’Audiència Provincial de Jaén (Secció 2a) insisteix en el fet que *“sí puede entenderse en términos teóricos que una simple excavación para cimientos de algo que se va a alzar; cumple el inicio de la acción típica ex art. 319.1 CP, un delito que es de simple actividad, con más razón, en este caso, es «construcción» todos los movimientos de tierra, desmontes, vertidos, explanaciones con maquinaria pesada, etc. a favor de una magna transformación del suelo forestal [...] No tenemos la menor duda de que la actividad mediante la cual aparece esa red de caminos donde antes no existían, debe calificarse como «construcción», por cuanto se produce por la obra del hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de zona geográfica afectada, debiéndose tener en cuenta la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador, que emplea el vocablo «construcción» como acción típica en el epígrafe 1º del precepto, y «edificación» en el 2º, mucho más restringido que el otro”* però és que, a més a més, completa l’argumentació tot declarant que *“desde luego se comprenden en el término «construcción» del precepto citado, obras idénticas a las que en el supuesto de autos fueron realizadas, como almacén, balsa de grandes dimensiones, movimientos de tierra, desmontes, explanaciones con maquinaria pesada, terrazas, etc, de modo que no se puede hablar de obras que no incorporan elementos físicos permanentes, ni de escasa entidad”*.

Respecte al concepte “construcció”, també es continua considerant que una cabanya de fusta és edifici malgrat estar posada en una llosa de formigó, sense fonaments, ni fossa sèptica, ni connexions d’aigua o llum; i una caseta de fusta indiferentment que es destini a caseta d’eines. S’ha considerat i es manté que *“no es decisivo el carácter desmontable de la construcción, ni que ésta sea de madera, y resulta contrario a la más elemental lógica la alegación de que se trata de obras de carácter transitorio, de quita y pon, por su aspecto antieconómico”* —Interlocutòria núm. 210/2010, de 16 abril, de l’Audiència Provincial de Sevilla (Secció 1a).

En la Sentència núm. 48/2010, de 16 abril, de l’Audiència Provincial de Jaén (Secció 2a) es continua mantenint la jurisprudència que afirmava que la construcció no es podia considerar “autoritzada” per silenci administratiu quan contravinguin l’ordenació

territorial o urbanística: *“no es admisible que dicha licencia se haya de entender concedida por silencio administrativo positivo en base a lo dispuesto en el art. 172.5º LOUA, pues tal precepto [...] declara que efectivamente el silencio se habrá de entender positivo trascurridos los tres meses sin resolución, pero en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, y sin perjuicio claro está, de la obligación de comunicar el comienzo de la obra al municipio con al menos diez días de antelación, de modo que como con acierto expone el Mº Fiscal [...] en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”*. En la conducta d’interlocutòries es va acabar convenint que *“la misma constituye un ataque o lesión grave del bien jurídico protegido, la ordenación del territorio, al no tratarse de una construcción simplemente efectuada sin autorización, sino que pese a alegarse que las obras realizadas son legalizables, no es esta la conclusión alcanzada en la instancia basada en la declaración del Sr. Inspector de la Dirección General de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda en juicio en relación al informe elaborado por el mismo —fs. 188 y stes—, y que esta Sala necesariamente debe compartir, porque el mismo afirmó con rotundidad, que dichas obras no son susceptibles de legalización alguna, por estar prohibidas por el art. 37 del Plan Especial de Protección del Medio Físico de la Provincia de Jaén, al estar catalogado el suelo de la parcela 6, del polígono 6 de la Guardia, según las NNSS, como no urbanizable, por encontrarse dentro del concretamente del Espacio Protegido de la Sierra San Cristóbal”*.

Respecte al concepte “autoritzable” es continua afirmant que *“cuando el legislador introduce en el art. 319.2 del CP la mención de que la edificación ilegal ha de ser «no autorizable», no se está refiriendo a la eventualidad de que en un futuro, más o menos incierto, pudiera modificarse la legalidad urbanística. Esta interpretación conduciría al absurdo, puesto que en el terreno de las hipótesis de trabajo, toda calificación, incluso la declaración de especial protección, es susceptible de modificación por decisión del legislador o de la administración competente en materia urbanística, por lo que este elemento del tipo ha de referirse necesariamente a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza, de modo que no basta que se haya levantado sin licencia y que se haya hecho en suelo no urbanizable, sino que es necesario que, además, sea*

contrario a la legalidad urbanística objetiva vigente en el momento y que por ello, no hubiera sido posible su autorización” —Interlocutòria núm. 210/2010, de 16 abril, de l’Audiència Provincial de Sevilla (Secció 1a). També insisteix en això la Sentència núm. 106/2010, de 19 juliol, de l’Audiència Provincial d’Albacete (Secció 1a), en què en el fonament vuitè, el Tribunal considera irrellevant que l’Ajuntament vulgui ampliar el límit del sòl urbà, i la construcció objecte d’interlocutòries s’inclouï en aquesta ampliació. “Esta es una cuestión totalmente intrascendente, pues, como ya se ha dicho, el análisis debe efectuarse respecto de la regulación vigente en el momento de comisión del delito, y no constando que política o técnicamente se haya considerado procedente la ampliación la misma carece en absoluto de eficacia”.

Precisament perquè no planteja novetats respecte a la interpretació dels elements del delictes, de totes les resolucions d’aquest període en mereix ser destacada la Sentència núm. 106/2010, de 19 juliol, de l’Audiència Provincial d’Albacete (Secció 1a). La resolució tenia com a objecte construir un habitatge unifamiliar en un terreny qualificat com a sòl rústic no urbanitzable d’especial protecció, ja que estava inclòs en l’àmbit de protecció dels llocs d’interès comunitari i en la zona d’especial protecció d’aus de les Sierras de Alcaraz y Cañones del Segura y del Mundo, que tenen la consideració de zones sensibles i, per tant, s’inclouen en la Xarxa Regional d’Àrees Protegides. A més a més, l’habitatge construït era a una distància inferior a cent metres del llit del riu Madera, sense que consti que l’acusat hagi sol·licitat cap autorització a la Confederació Hidrogràfica del Segura per poder-hi construir.

Si mereix ser destacada és per referències a l’error de tipus. En el fonament tercer, l’Audiència resol l’al·legació del condemnat que ignorava que la zona en què pensava edificar estava protegida amb les figures normatives al·ludides. No obstant això — argumenta el Tribunal—, “*tal error no merece ser amparado por el Derecho, pues es un error interesado, provocado voluntariamente por el sujeto, al situarse al margen de la legalidad, al no solicitar la preceptiva licencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2005 [RJ 2005, 6709] establece que es irrelevante la alegación de error hecha por quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer y sin embargo trata de aprovecharse de esa situación (en el mismo sentido, SSTs 946/2002 [RJ 2002, 7488]; 1583/2000 [RJ 2000, 9534] y 1637/99 [RJ 2000, 433]). Sin perjuicio de lo*

expuesto, el recurrente no puede negar que desde que intervino la Guardia Civil y le informó de la inclusión del terreno en las «Zonas» de protección sabía que, de continuar con la obra, incurriría en el tipo penal, y aun así lo hizo [...]. El hecho de que el Juzgado no le prohibiera, como medida cautelar, la continuación de las obras hasta un momento posterior no significa, ni mucho menos, que no estuviera vigente la prohibición genérica de construir en aquel lugar derivada de la inclusión de los terrenos en las «Zonas» de protección paisajística y de aves”.

Encara en referència a l'error de prohibició en aquest cas, també la Sentència núm. 144/2010, de 29 abril, de l'Audiència Provincial d'Almeria (Secció 3a), el desestima i considera que *“la falsa idea de que su obra podría ser legalizada pues había otras alrededor sin licencia y habida cuenta del posible destino rustico no puede equiparse en absoluto a un error sobre la ilicitud de lo que se estaba realizando, máxime cuando según hemos referido se cuestiono tal legalidad [...]. Se olvida con ello que hoy son valores indiscutibles de la actual social democrática protegidos con la respuesta penal algunos que eran desconocidos en épocas anteriores: los delitos contra la hacienda pública, o los derechos de los trabajadores, contra el medio ambiente. La necesidad de licencia urbanística para efectuar obras o la ilicitud de construir sin licencia y en suelo no urbanizable forma parte ya del acervo de conocimientos comunes, por lo que no cabe alegar genéricamente su desconocimiento”.*

En matèria de delictes relatius a la protecció de la flora, de la fauna i dels animals domèstics, cal esmentar la Sentència 271/2010, de 22 de juny, de l'Audiència Provincial de Castelló (Secció 1a), que desestima el recurs d'apel·lació interposat pel Ministeri Fiscal contra la Interlocutòria de 16 de març de 2010, dictat pel Jutjat d'Instrucció núm. 1 de Vila-real, que va confirmar l'arxiu de la causa promoguda per un presumpte delictes relatiu a la protecció de la flora i la fauna previst en l'article 336 CP.

En la Sentència es declara provat que *“el denunciado S. se encontraba el día 13 de octubre de 2008 cazando en el paraje Solaes-Camí Sant Jordi del término municipal de Villarreal, empleando el método tradicionalmente conocido como «parany»”,* mètode de caça consistent en l'ús de varetes impregnades de lliga o goma d'enganxar disposades sobre penjadors instal·lats en arbres-barraca que permet capturar aus quan es posen a les branques, i es queden adherides a les varetes. El Ministeri Fiscal va

argumentar que el *parany* és un mètode massiu que contravé tant el que disposa l'article 12.1.c de la Llei de caça de la Comunitat Valenciana, com l'article 8 de la Directiva 79/409 CEE, de 2 d'abril de 1979, de conservació d'ocells, per la qual cosa els fets denunciats serien susceptibles de tipificar-se d'acord amb l'article 336 CP; en aquest context, la Llei 7/2009, de 22 d'octubre, que va reformar la llei de caça valenciana no hauria modificat la situació normativa existent, ja que només preveu la futura autorització individualitzada d'aquest mitjà de caça sense que s'hagi produït de moment, de manera que en la data dels fets la conducta investigada era constitutiva de delictes, per la qual cosa la tramitació de les actuacions ha de prosseguir.

En la fonamentació jurídica, la Sentència afirma que l'article 336 CP *“introduce un delito de mera actividad, sin necesidad de resultado, adelantando la intervención penal, en atención a la potencialidad lesiva intrínseca de los medios empleados, en concreto, el veneno y los medios explosivos, en la medida en que causan la muerte de las especies de forma incontrolada, irreversible, no selectiva, cuyos efectos son además acumulativos en la cadena trófica, y con potenciales efectos devastadores perdurables. El tipo penal en cuestión exige, por consiguiente, la concurrencia de los siguientes requisitos: en primer lugar, uno negativo, la falta de autorización legal; en segundo lugar un elemento objetivo, la utilización de los medios que prevé el precepto, veneno, explosivos u otros de similar eficacia destructiva para la fauna, concepto éste último que por su carácter analógico debe ser necesariamente interpretado de forma restrictiva; se trata de la potencialidad destructiva del método empleado; y, en tercer y último lugar, el elemento volitivo, que exige que el empleo de los medios esté dirigido o tenga por objeto la caza o pesca”*.

L'Audiència Provincial rebutja que la reforma de la llei de caça valenciana operada el 2009 sigui suficient per descartar la tipicitat del comportament, entre d'altres raons perquè *“el hecho de contemplar su normativa la regulación de esta modalidad de caza no supone «la autorización legal» para su desempeño en cuanto que sólo con el cumplimiento de los requisitos exigidos para desarrollar esta modalidad de caza, que la Ley reenvía a un futuro desarrollo reglamentario, y con la publicación de la correspondiente orden sobre períodos hábiles de caza y levantamiento de veda, puede entenderse integrado el requisito legal de la «autorización legal» para cazar mediante*

esta modalidad de caza”. No obstant això, a l’hora d’analitzar el segon requisit del tipus (això és, l’exigència de la potencialitat lesiva del mitjà o de l’instrument utilitzat per caçar, que ha de posseir “*análoga eficacia destructiva*”), nega la rellevància penal de la conducta basant-se en els raonaments següents: la utilització de mitjans o arts prohibits no constitueix cap infracció penal, sinó que, a vegades, pot merèixer la qualificació d’infracció administrativa, i només s’excedeix l’àmbit de la potestat sancionadora de l’administració per passar a integrar el tipus penal “*cuando el uso de instrumentos o artes de caza tengan características similares al uso de veneno o de explosivos, en la medida en que no permitan discriminar la especie capturada o que ocasionen una masiva destrucción de la misma (empleo de lazos, sustancias tóxicas, etc.)*”; la “*análoga eficacia destructiva*” s’ha d’interpretar de forma estricta, “*aprehendiendo el verdadero alcance y aptitud destructiva de los medios que sí concreta la norma penal, sin incluir en esa cláusula genérica otros medios que no cumplan la totalidad de las cualidades inherentes a la capacidad destructiva que quepa predicar de los mismos*”.

Partint d’aquesta perspectiva, la Sentència conclou que “*la modalidad de caza tradicional del parany no puede ser considerada como un método o arte de caza de similar eficacia destructiva para la fauna que el veneno o los medios explosivos. Lo que caracteriza a los medios de caza que de forma ejemplificativa establece el precepto, «veneno y medios explosivos», es su potencialidad lesiva intrínseca, no sólo por su carácter no selectivo e indiscriminado, sino por la imposibilidad de reverso de la situación, o de control de sus efectos devastadores. El veneno y los explosivos pueden llegar a tener una incidencia directa en el medio ambiente en sentido amplio, en la medida en la que el primero se inserta de manera incontrolada e irreversible en la cadena trófica, y el segundo es capaz de destruir irremisiblemente todo cuanto se halle al alcance de su radio de acción. Ambos métodos provocan de forma necesaria e irreversible la muerte de los especímenes afectados, lo que no cabe predicar del uso de la liga, el reclamo eléctrico o empleo posterior de disolvente, que si bien constituyen medios prohibidos por la normativa comunitaria y estatal, carecen de semejante potencialidad destructiva, y sus efectos no aparecen irreversibles, no causan per se la muerte de los ejemplares capturados, ni sus efectos mortales pueden considerarse intrínsecamente acumulativos, pues incluso se admite pericialmente que un elevado*

porcentaje de las aves capturadas pueden sobrevivir a su captura con el cumplimiento de las adecuadas prevenciones por parte del cazador. Por todo ello, no es posible asimilar, en los estrictos términos que reclama las garantías de taxatividad e interpretación restrictiva que se destilan del principio de legalidad penal, una razón de analogía, en términos de similar poder destructivo para la fauna, de los medios de caza empleados en la práctica denominada tradicionalmente como «parany», descartando la tipicidad de la conducta y reconduciendo los hechos al ámbito administrativo en el que, en su caso, podrá originarse la correspondiente responsabilidad de este tipo”.