

## JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN LA COMUNIDAD DE MADRID (SEGUNDO SEMESTRE 2021)

DANIEL B. ENTRENA RUIZ

*Profesor Contratado Doctor*

*Universidad Carlos III de Madrid*

**Sumario:** 1. Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid nº 203/2021 de 19 de abril, Jurisdicción penal, Sección Decimoquinta (nº. rec. 684/2020). Ponente D. Luis Carlos Pelluz Robles (Numroj SAP M 4081:2021 Ecli: ES:APM:2021:4081): Responsabilidad por vertido de residuos, dolo eventual, tipo administrativo. 2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 245/2021 de 20 de mayo, jurisdicción penal, Sección Vigésimonovena (nº rec. 497/2021). Ponente Dña. Pilar Rasillo López (Numroj: SAP M 5969:2021, Ecli: ES:APM:2021:5969). 3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 205/2021, de 22 de abril, Sección Decimosexta (nº rec. 484/2021). Ponente D. Francisco Javier Teijeiro Dacal (Numroj: SAP M 4087:2021, Ecli: ES:APM:2021:4087): Delito contra la fauna, idoneidad de método no selectivo respecto al riesgo provocado.

### **1. SENTENCIA DE AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID Nº 203/2021 DE 19 DE ABRIL, JURISDICCIÓN PENAL, SECCIÓN DECIMOQUINTA (Nº. REC. 684/2020). PONENTE D. LUIS CARLOS PELLUZ ROBLES. NUMROJ SAP M 4081:2021 ECLI: ES: APM: 2021: 4081. DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE, ACUMULACIÓN DE RESIDUOS, PROPORCIONALIDAD DE LA PENA**

Nos centramos en esta ocasión en la jurisdicción penal, para conocer algunas Sentencias relativas a delitos contra el medio ambiente, en los tres casos estrechamente vinculados con la inexistencia de títulos autorizatorios administrativos para el desarrollo de la actividad.

La primera de las Sentencias es relativa a un delito medioambiental en que el responsable incurrió como consecuencia de admitir en la parcela donde vivía el depósito de residuos de todo tipo, peligrosos y no peligrosos, sin ningún tipo de requerimiento formal para el ejercicio de la actividad, entre 2009 y 2017. Dicha conducta la desarrolló a nombre de una mercantil dedicada formalmente al

transporte de residuos no peligrosos, por cuya cuenta expedía el recibo de los materiales.

La Comunidad Autónoma de Madrid sancionó en 2017 al responsable de los depósitos con dos multas de 6.000 y 12.00 euros por carecer de autorización para la gestión de residuos peligrosos, mientras que el Ayuntamiento de Madrid inició en el mismo año un expediente de protección de la legalidad urbanística dirigido a legalizar la actividad.

Sin embargo, el encargado del negocio continuó permitiendo el depósito de materiales de todo tipo, sin además estar terreno acondicionado a tal fin, propiciando por ello filtraciones al suelo.

El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito contra el medio ambiente por la realización de vertidos al suelo y subsuelo contraviniendo las disposiciones administrativas y, de forma agravada, cuando se carezca de autorización, previsto y penado con penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años, en los artículos 327 a) y b) en relación con los artículos 326.1 y 326 bis y 325.2 *in fine* del Código Penal.

Por lo que respecta a la exigencia de título autorizatorio, la contravención se habría producido, en particular, de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Residuos de la Comunidad de Madrid, y la Ley 9/2001, de 17 de julio del Suelo de la CAM, que exigen autorización para la gestión de residuos y depositar residuos de forma profesional, respectivamente.

Los anteriores hechos fueron declarados probados por la Sala, encajando por ello plenamente en los tipos penales considerados.

Pues bien, hemos querido reseñar brevemente esta sentencia por su claridad respecto a dos cuestiones, habitualmente controvertidas.

La primera es la exigencia de dolo para entender cometido el tipo penal, al admitir sin género de dudas el dolo eventual, esto es, la representación por el responsable del resultado de su acción en forma de peligro concreto, en este caso, el riesgo de daño para el suelo donde se depositaban los materiales:

### Como señala la STS de 21.11.07

“el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos (...). Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico”. Hay dolo en la acción de Jose Daniel pues teniendo conocimiento de la ausencia de autorización de instalación de un vertedero, omitiendo cualquier cautela, procedía a aceptar vertidos provenientes de obras de construcción en la misma, sin ningún tipo de tratamiento ni clasificación de los mismos”.

Al admitir la concurrencia de todos los elementos del tipo, el Tribunal terminó imponiendo una pena de dos años y tres meses de prisión a la persona que hacía las veces de encargado de admitir los residuos, subiéndola en grado por carecer de autorización, y una multa de multa de dieciséis meses, con una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, en atención a su capacidad económica (acreditada según el tribunal por haber realizado en tan solo tres años doce viajes a su país de origen). Finalmente, impuso también pena de inhabilitación especial para la profesión u oficio relacionado con cualquier actividad relativa al tratamiento y eliminación de residuos durante el tiempo de dos años y tres meses.

La Sentencia, además, declaró a la empresa responsable civil subsidiaria, obligándola no obstante a devolver el suelo a su estado físico originario, por no haberse acreditado daños y desequilibrio en el ecosistema.

La segunda razón por la que comentamos esta Sentencia es que, curiosamente, no fue alegada la posible existencia de *bis in idem* a partir del expediente sancionador incoado contra la persona física responsable penalmente del delito perpetrado, si bien quizás no se daban las exigencias para efectuar dicha alegación.

**2. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID Nº 245/2021 DE 20 DE MAYO, JURISDICCIÓN PENAL, SECCIÓN VIGESIMONOVENA (Nº REC. 497/2021). PONENTE DÑA. PILAR RASILLO LÓPEZ (NÚM. ROJ: SAP M 5969:2021, ECLI: ES: APM: 2021:5969)**

La posible existencia de *bis in idem* constituye precisamente la razón por la que hemos escogido esta segunda Sentencia para reseñar.

El Juzgado de lo Penal nº 13 de Madrid absolvió a dos acusados de un delito contra la ordenación del territorio por la construcción de una caseta sin licencia urbanística en suelo no urbanizable protegido según el Plan General de Ordenación Urbana del municipio, y situada en el Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares (Zona B3), siendo terreno forestal, y Zona de Especial Conservación, "Cuenca del Río Manzanares", Parque Comarcal Agropecuario a Regenerar.

La instalación de la caseta fue denunciada por agentes forestales en octubre de 2017, tras la solicitud de legalización, fue denegada por el Ayuntamiento de Tres Cantos con fecha 13 de diciembre de 2018. Además, como consecuencia de ello, la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid, dictó resolución sancionadora en el año 2019, considerando la instalación de la caseta como falta administrativa grave conforme al artículo 81.1 b) en relación con el artículo 80.1 h) de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; los acusados abonaron una multa de 2100 euros impuesta, y retiraron la caseta, como habían sido requeridos.

Pues bien, la absolución del Juzgado de lo Penal se justificó precisamente para no incurrir en *ne bis in idem* respecto a esa resolución sancionadora administrativa.

Contra ella la Sentencia se alzó el Ministerio Fiscal, en lo que aquí interesa, sobre la base del carácter preferente y preponderante de la jurisdicción penal sobre administrativa, acorde con la jurisprudencia constitucional recaída respecto a dicha garantía (por todas Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero).

De conformidad con dicha doctrina, ya consolidada, la garantía se despliega cuando concurre la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, si bien dada la primacía de la jurisdicción penal, cuando se adelanta la sanción administrativa concurriendo dichos requisitos es posible descontar de la sanción penal que corresponda lo ya impuesto por la vía administrativa:

“En la misma línea, la STS 833/2004, de 24 de junio afirma que "la existencia de una sanción administrativa no excluye, como lo reflejó el tribunal a quo en la sentencia recurrida, la posibilidad de la sanción penal, siempre y cuando de la pena impuesta se haya descontado la sanción administrativa, de tal forma que la sanción penal resultante sea proporcional a la gravedad del hecho. En idéntico sentido pueden citarse las SSTS 637/2003 y 141/2008, entre otras. Por lo tanto, procede la estimación del recurso y la condena a los acusados como autores de un delito del artículo 319.1 CP, a la pena mínima dado el tiempo transcurrido desde los hechos, las paralizaciones que ha tenido este procedimiento, habiéndose ya retirado la caseta en el plazo en el que los acusados fueron requeridos por la Administración para ello”

Por todo ello, la Sentencia termina imponiendo a cada acusado las penas de un año y seis de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de doce meses con una cuota diaria de 6 euros y responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 caso de impago e inhabilitación especial para actividades de promoción y construcción mobiliaria por tiempo de un año, “con descuento a cada uno del 50% de la multa administrativa solidaria de 2.100 € pagada por los acusados”.

**3. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID Nº 205/2021, DE 22 DE ABRIL, SECCIÓN DECIMOSEXTA (Nº REC. 484/2021). PONENTE D. FRANCISCO JAVIER TEIJEIRO DACAL NUMROJ: SAP M 4087:2021, ECLI: ES: APM: 2021:4087**

Esta última Sentencia nos ha resultado llamativa por abordar el contenido del tipo penal del artículo 336 del Código Penal, relativo a los delitos contra la fauna.

Los hechos que anteceden a la Sentencia es una previa del Juzgado de lo Penal, que condenó a una persona a la pena de 6 meses de multa con una cuota diaria de cinco euros (al apreciar dilaciones indebidas) por la comisión de dicho delito.

Dicha persona fue sorprendida por agentes municipales en el año 2016, en el Parque de la Dehesa de la Villa de Madrid, donde colocó cinco ramas previamente impregnadas de pegamento utilizado en la captura de ratones y ratas de uso doméstico, clavadas en el suelo en las proximidades de unos huertos, con la finalidad de capturar aves fringílicas, para lo cual se valió de cuatro jilgueros enjaulados como reclamo. La utilización de ligas para la caza es un procedimiento no selectivo y por tanto, prohibido especialmente por la Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad 42/2007 (artículo 65.3<sup>a</sup> y Anexo VII) y en la Ley 2/1991 de la CAM para la protección y Regulación de la fauna y Flora Silvestre (artículo 17).

El Tribunal considera que, al contrario de lo considerado por el Juzgado de lo Penal previamente, no encaja en el artículo 33 del Código Penal cualquier arte de caza o pesca no selectivo sino únicamente aquel que resulte suficientemente idóneo como para generar un riesgo de destrucción de la riqueza animal y, por ello, equiparable al riesgo que introduce la caza con explosivos o con veneno. Una doctrina de la que se hizo eco, acogiénola, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de octubre de 2020.

Según esta doctrina:

"4.1 Un primer acercamiento al tipo penal invita a negar el parangón. Si cualquier arte de caza o pesca no selectivo mereciera el mismo reproche penal que la utilización de los potentes y expeditivos métodos que sirven de comparación, no habría necesitado el legislador introducir ningún elemento que sirva para medir la confrontación. Bastaría que el legislador hubiera

previsto el reproche penal para quienes cacen o pesquen con métodos no selectivos o con venenos, explosivos o cualquier método de similar eficacia destructiva”.

Sin embargo, al contemplar el precepto que debe ser un método de "similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna", el Tribunal considera que el precepto “constata la eficacia destructiva que tiene el veneno o los explosivos, además de plasmar la incapacidad que tienen estos dos métodos para discriminar entre las especies terrestres o acuáticas a las que afecta su utilización”.

Lo que sanciona por tanto el precepto es la alta capacidad destructiva de la fauna, sin discriminación posible entre las especies, lo que sirve además para deslindar el tipo penal de la infracción administrativa.

Para el Tribunal la incursión en el tipo penal exige un plus de idoneidad a la hora de generar un riesgo de perjudicar a la fauna, “que se identifica con la capacidad intrínseca de generar un contexto de caza o de pesca presidido por la ausencia de control sobre el objeto que puede resultar afectado o sobre la extensión de sus efectos”.

Ahora bien, puesto que el artículo 336 del Código Penal es un delito de riesgo, no basta para entenderlo producido cualquiera, sino únicamente cuando sea relevante para la fauna: “Un plus en el riesgo de lesión al bien jurídico, que debe evaluarse en consideración a la capacidad destructiva de la biodiversidad y el ecosistema en cada caso concreto”.

Por tal motivo, concluye la Audiencia Provincial de Madrid que si bien a priori no hay impedimento a que la caza con liga o con sustancias adhesivas pueda integrar en ocasiones el tipo penal que se analiza

“proyectadas sus exigencias al caso enjuiciado debe concluirse, sin embargo, que la conducta del encausado no colma la antijuridicidad del comportamiento que el precepto sanciona, pues (...), "la caza de jilgueros (*carduelis carduelis*), ave fringílida muy común y de amplia extensión en el territorio que, pese a su protección general como especie silvestre, admite la captura -bajo autorización- para su cría en cautividad y su posterior educación en el cultivo del canto (Orden

2658/1998, de 31 de julio, de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional de la Comunidad de Madrid)".

Siendo así, puesto que está admitida según esa Orden la captura máxima al año de 1.500 ejemplares vivos de jilgueros machos, estableciéndose un cupo máximo de 3 aves por cazador y día, parece que en buena lógica no tiene sentido aplicar el artículo 336 del Código Penal, que equipara el riesgo a la producción de un resultado altamente lesivo para la fauna.

A su parecer, en fin:

“el riesgo para la biodiversidad debe medirse desde dos parámetros que aquí no se ven afectados:

- a) Por el riesgo de que perjudique a un número relevante de ejemplares de la especie (...).
- b) Por el riesgo de afectación a otras especies”.

Teniendo en cuenta el mecanismo empleado para cazar los jilgueros en el caso considerado, no parece que pueda equipararse a los instrumentos que el tipo penal contempla, un método además que evidencia el propósito de capturar las especies con vida y que estaban en condiciones de proceder a la inmediata liberación (vivos) de cuantos ejemplares capturaran de otras especies, sin que conste que fuera otra su pretensión o comportamiento.

Por todo ello, la Sentencia del Juzgado es dejada sin efecto, al no poder encajar los hechos en el tipo considerado, tal y como es interpretado.