

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

—

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

JOAN BAUCELLS 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 último período de estudio los elementos típicos “construcción” y “edificación” siguen centrando la atención de buena parte de las sentencias, si bien puede decirse que en una línea de consolidación de lo que es ya doctrina mayoritaria. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 3.^a) núm. 169/2011, de 1 de abril, ofrece un resumen de la postura doctrinal y jurisprudencial en este punto, concluyendo que “el concepto de construcción resulta más amplio que el de edificación, incluyéndose en aquel zanjas, muros, vallados, embalses, en definitiva, toda construcción que no tenga por destino principal, como cuerpo cierto espacial sólido y permanente, la habitación del ser humano u otros usos análogos. Por el contrario, en el concepto de edificación se incluye todo cuerpo cierto con dimensión espacial apta al uso humano, de carácter permanente y fijo, y con destino a servir directamente las necesidades de vivienda o residencia del ser humano pero también otras análogas, como el esparcimiento, entretenimiento, habitáculo temporal, ocio, sanitario, actividades económicas o de fábrica”. Al amparo de esta jurisprudencia se suceden las sentencias que confirman la atipicidad en distintos supuestos como pueden ser los relativos a casas prefabricadas móviles (sentencias de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Soria núm. 27/2011, de 13 de abril, y de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 288/2011, de 4 de mayo) o, por ejemplo, a la colocación de piedras de escollera para formar un espigón en zona de dominio público, dado el carácter efímero de aquella (Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a, de 7 de enero de 2011).

Otra cuestión que sigue siendo de interés es la relativa a los elementos “construcción no autorizada” y “edificación no autorizable”, de acuerdo con la redacción típica anterior a la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. En cuanto al elemento “edificación no autorizable”, la Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 169/2011, de 1 de abril, resulta taxativa cuando afirma que “no se está refiriendo a la posibilidad de que en un futuro, pudiera modificarse la naturaleza del suelo y consiguientemente la legalidad urbanística; pues en ese caso no podría cometerse nunca este delito pues la calificación del terreno, es susceptible de cambio por el legislador o resolución de la administración competente en materia urbanística. Este elemento del tipo debe referirse a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza, no bastando con que la edificación se haya

realizado sin licencia, ni que se haya hecho en suelo no urbanizable, sino que se requiere además que sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento y por tanto, no sea posible su autorización”. Si bien la Sentencia de la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 191/2011, de 11 de febrero, se manifiesta en la misma línea por lo que se refiere a la interpretación del elemento “no autorizable”, afirma en cambio que “la contraposición entre la expresión ‘autorizable’ del apartado 2 del art. 319 del C. Penal con la de ‘no autorizada’ del apartado 1 ha de ser atemperada con la aplicación de criterios interpretativos material-teleológicos del bien jurídico. De modo que, aun cuando lo normal es que las construcciones de los supuestos del apartado 1 no sean autorizables a posteriori, si se diera excepcionalmente la posibilidad de una autorización de esa índole debido a que se tratara de una irregularidad legalizable ab initio, tendría que interpretarse de forma flexible la expresión ‘no autorizada’ y equipararla a la de ‘no autorizable’”.

Siguiendo también una línea jurisprudencial mayoritaria, las sentencias de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núms. 63/2011, de 23 de junio, y 73/2011, de 25 de julio, no admiten el error de prohibición fundado por actuar en una situación de tolerancia administrativa protagonizada por la Administración. Así, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la tolerancia administrativa, recuerda que “si bien tales circunstancias, hubieran podido hacer albergar en el encausado la esperanza de que finalmente podría disfrutar de lo así construido, fuese mediante una indefinición, prolongación de aquella indiferencia administrativa o fuese mediante una modificación normativa alimentada por la presión social o política que supone tan elevado número de inspectores; tal hipótesis obviamente no integraría nunca un error de prohibición sino, a lo sumo, lo que alguna resolución ha dado en llamar ‘error de impunidad’, es decir, la confianza de que pese a infringir las normas podría eludir sus consecuencias, situación que no sólo no tiene eficacia alguna para minimizar el dolo o la antijuridicidad sino que incluso hace más reprochable la conducta si cabe en cuanto se pretende obtener singular beneficio a costa de la comunidad, haciendo de peor condición quienes respetan la ley”.

Llama la atención, en cambio, la Sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Soria núm. 27/2011, de 13 de abril, cuando ante un caso de existencia de licencia municipal de dudosa legalidad para llevar a cabo una edificación, apela a la necesaria conservación del principio de legalidad con invocación del artículo 9.3 de la CE y con

base en ello concluye “si concedieron dichas autorizaciones y cobraron por ello, no podemos ahora interpretarlas en contra del reo dando lugar a una responsabilidad penal en la conducta del mismo”.

Finalmente, en la crónica anterior a esta se hizo especial mención a los pronunciamientos judiciales en sentido contrario que, con relación a la facultad jurisdiccional de ordenar, motivadamente, la demolición de la obra, se vienen produciendo desde hace ya algún tiempo. En concreto, destacábamos las sentencias casi simultáneas de dos audiencias provinciales en sentido contrario: así, mientras que la Audiencia Provincial de Jaén era partidaria de entender la medida como excepcional y acababa 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 era 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. En los meses siguientes ambas audiencias han confirmado sendas posturas (Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Jaén núm. 65/2011, de 18 de marzo, y Sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares núm. 133/2011, de 18 de abril), siendo la interpretación favorable a acordar la demolición la adoptada también por otros tribunales (así, sentencias de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núms. 63/2011, de 23 de junio, y 73/2011, de 25 de julio; o Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Almería núm. 177/2011, de 20 de mayo).

Por lo que respecta a los delitos contra el medio ambiente, pueden ser destacadas dos resoluciones en este período.

En primer lugar, el Auto núm. 322/2011, de 26 mayo, de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.^a) en el que se resuelve un recurso de apelación contra Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia decretando el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones. Sostenía la parte apelante que el Auto impugnado no atendía a las mediciones sonométricas practicadas (todas las cuales superaban los decibelios establecidos en la ordenanza municipal), así como tampoco a las declaraciones del alcalde pedáneo de Santa Cruz ni al informe médico-forense de 6 de septiembre de 2007 ni a las manifestaciones de su patrocinado y de otro vecino para amparar la existencia de esos ruidos molestos provocados por el local durante los fines de semana. La resolución desestima el recurso y confirma el sobreseimiento después de reconocer que

se dan absolutamente todos los elementos objetivos del tipo previsto en el artículo 325 del Código Penal. En concreto, se afirma literalmente que “los registros o mediciones sonoras efectuadas por la Policía Local de Murcia en la habitación de matrimonio de la vivienda del denunciante superaban ampliamente el límite de decibelios fijado por la Ordenanza Municipal de Murcia”. En segundo lugar, que existió “una larga exposición a ruidos perturbadores del sueño que entraña un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas”, aclarando que “el ruido, al margen de las peculiaridades individuales (y que pueden existir grupos de personas especialmente vulnerables y sensibles al ruido, como niños, ancianos, enfermos, etc.), puede afectar negativamente en el sueño a partir de los 30 decibelios, y que si esa situación se prolonga, el equilibrio físico y psicológico se puede ver afectado”. Además, se llega a puntualizar que “el sujeto pasivo del delito contra el medio ambiente no se caracteriza por el alto número de perjudicados”, afirmándose que “el medio ambiente protegido es también el hábitat de una (o varias) persona(s)”. Por último, “las diligencias instructoras han permitido justificar no sólo esa superación, sino su atribución, sin género de duda racional alguna, como foco y origen de los mismos, el local denunciado”.

Sin embargo, si se declara el sobreseimiento era por ausencia de los elementos subjetivos del tipo y, en concreto, por la ausencia de dolo. El Auto considera que “en cuanto a los supuestos requerimientos o comunicaciones dirigidas directamente por parte del Ayuntamiento al Centro de Mayores, no constan en las actuaciones, dado que las únicas que obran son [...] meras referencias verbales (declaración de la Sra. Concejala) o documentadas (menciones tampoco justificadas en forma —folio 187 de la causa—), por lo tanto, no se ha justificado válidamente que el Centro de Mayores de Santa Cruz o algún miembro de su dirección, recibiera indicación, advertencia o requerimiento alguno para reducir los decibelios originados en la ‘verbena’ de fin de semana”. En otras palabras, el requerimiento administrativo que advierte al infractor que se están superando los niveles de decibelios permitidos se insinúa como un requisito indispensable para construir el dolo sobre el elemento de la infracción de norma protectora del medio ambiente.

La segunda resolución a destacar es la Sentencia núm. 450/2011, de 22 junio, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2.^a). Aunque la Sentencia no presente ninguna novedad sobre la jurisprudencia vertida hasta el momento, merece ser

destacada por la motivación realizada sobre el elemento de “peligro grave” exigido en el tipo penal.

Después de considerar el “peligro grave” como un “elemento del tipo valorativo y excesivamente ambiguo que, como ha destacado la doctrina, ha determinado que la aplicación forense de este elemento no haya abandonado el ámbito de lo inseguro” y que “hace preciso que desde la jurisprudencia, en su función nomofiláctica, proporcione criterios que permitan otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma a través de las sentencias”, la Sentencia, a través de su motivación, consigue avanzar en este propósito. En este sentido, se fundamenta en la STS 96/2002, de 30 de enero, en la que se advirtió que “semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (STS 105/99, de 27 de enero)”, para acabar concluyendo que para encontrar el tipo medio de la gravedad a que se refiere el artículo 325 del Código Penal “habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir la salud de las personas, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro”. También se considera la STS 194/2001, de 14 de febrero, que afirmó que “el peligro equivale a la relevante posibilidad de que llegue a producirse un efecto temido. [...] A tal efecto no puede perderse de vista que el Código penal cifra la concreción del peligro en la intensidad de la incidencia contaminante. Es el índice de ésta, cuando sea susceptible de connotarse con el rasgo típico de gravedad, el que dará relevancia penal a la conducta”. Y se concluye que “en cualquier caso, por la doctrina se destaca que la inevitable valoración ha de tener en cuenta que integran el concepto de peligro dos elementos esenciales: probabilidad y carácter negativo de un eventual resultado. La gravedad se ha de deducir, pues, de ambos elementos conjuntamente lo que significa negar la tipicidad en los casos de resultados solo posibles o remotamente probables, así como de aquellos que, de llegar a producirse, afecten de manera insignificante al bien jurídico”.

Pues bien, la Sentencia objeto de comentario realiza una motivación de la existencia/inexistencia de este “peligro grave” en el caso concreto que, por su profundidad y conexión con las pruebas periciales vertidas en el juicio oral, merece ser reproducida en su cuasi integridad:

“Por lo que respecta al grave riesgo para el bien jurídico [...], este Tribunal rechaza que mediase prueba acreditativa de que tal riesgo para la integridad física de las

personas existiese. El Ministerio Fiscal afirmó en su escrito de acusación que a consecuencia de los vertidos a los que se viene aludiendo se produjo un grave riesgo de contaminación de uno de los pozos de suministro de agua potable (Pou de la Riera) de la localidad de Olesa de Bonesvalls, afirmación que no contó con corroboración probatoria alguna. Desde el punto final de los vertidos hasta la ubicación del pozo había más de tres kilómetros, concretamente 3.500 metros. Pues bien, más allá de que en el informe emitido por los peritos del INT no se afirma que existiese riesgo de contaminación de dicho pozo, el perito D. José Coma-Matute Casas, ingeniero de minas y diplomado en hidrología subterránea, amén de haber ratificado en juicio el dictamen que emitió en la causa, afirmó expresamente que a su juicio no existía peligro de que las aguas residuales afectasen al pozo, siendo casi un milagro que las aguas residuales pudieran llegar al mismo.

En relación con el equilibrio de los sistemas naturales, del resultado arrojado por el análisis de las muestras de agua verificado en el INT extrajeron los peritos que lo llevaron a cabo la conclusión de que los vertidos hacían que el río tuviera una flora similar a la que se podía esperar en una planta de tratamiento de aguas residuales: bacterias y hongos propios de aguas negras. El aspecto del torrente es de sedimentos grisáceos, sin ningún indicador de biológico fluvial, y con desprendimiento de olor a sulfhídrico. Como consecuencia de esta situación se producen malos olores, favorece el desarrollo de mosquitos, y se inutilizan todos los usos del agua, además supone un riesgo de contaminación para los acuíferos que puedan existir, añadiendo que el vertido incidente en el torrente, insuficientemente o no depurado, dañaba notablemente las características de su ecosistema, viéndose sus parámetros físico-químicos y biológicos muy degradados, haciendo que su estadio ecológico fuese pésimo en todo el tramo estudiado. La perito D^a Andrea, facultativa del INT que estuvo presente en el lugar de los vertidos, expuso en el juicio, tras ratificar el informe pericial del citado organismo, que el torrente estaba dañado, que se trataba de una zona boscosa donde hay fauna y flora típicamente mediterránea y que cualquier animal que quisiera beber en el torrente no lo podría hacer”.

A la vista de tales conclusiones no pudo sino entenderse concurrente el requisito del grave riesgo para el equilibrio de los sistemas naturales y proceder a la condena del acusado.

Finalmente, y respecto de los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, merece especial consideración el Auto núm. 14/2011, de 12 de enero, de la Audiencia

Provincial de Girona (Sección 4.^a), pronunciado a raíz de hechos cometidos escasos días antes de la entrada en vigor de la reforma penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Tales hechos consistieron, en esencia, en el sacrificio de un cordero cortándole el cuello con un cuchillo en un patio situado en la parte trasera de un teatro, para posteriormente sacarlo ya muerto al escenario e interpretar una obra de teatro en el que un actor lo despellejaba. Dejando a un lado “el dudoso gusto de la propuesta escénica”, la Audiencia analiza los diferentes elementos tanto del delito como de la falta de maltrato de animales, conforme a su redacción anterior, para determinar si procede su inclusión en algunos de esos estándares típicos. En este sentido, afirma sin mayores dudas la concurrencia en el caso tanto de la conducta de maltratar provocando uno de los posibles resultados típicos (“ya que se mata al cordero”), como del elemento “injustificadamente”, pues la presencia del cadáver del animal en el escenario “para que posteriormente se le desuelle nos parece arbitraria y caprichosa, pudiéndose utilizar un objeto inanimado con la forma del cordero abierto en canal”. Igualmente, no encuentra mayores obstáculos el Tribunal en considerar al animal en cuestión como objeto material del delito: “En efecto, como se ha sostenido en la causa, el concepto de lo que ha de reputarse animal doméstico no viene definido en el Código Penal como sí se hace con otros conceptos coincidentes con la realidad. Esta imprecisión hace necesariamente que hayamos de acudir a lo que comúnmente se entiende por tal; el diccionario ideológico de la lengua Julio Casares lo define como ‘aplícase al animal que se cría en la compañía del hombre, a diferencia del que se cría salvaje’; el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, señala que ‘dicho de un animal: que se cría en la compañía del hombre a diferencia del que se cría salvaje’; por último, el diccionario de uso del español María Moliner lo concreta como que ‘se aplica al animal que se cría en compañía de las personas, a diferencia del que se cría salvaje’”. A partir de tales definiciones, la Audiencia interpreta que “doméstico no es sinónimo, como pretende el recurrente, de animal de compañía, señaladamente perros y gatos, sino de animal criado en la casa del hombre, la *domus* latina de la que se deriva el adjetivo calificativo del animal, comprendiendo dicho término un elenco más amplio de animales entre los que se hallan también los llamados animales de granja, entre los que se encuentran ovejas y corderos”.

Mayores obstáculos encuentra, en cambio, el Tribunal a la hora de estimar la concurrencia del elemento ensañamiento, incluido en la redacción legal del artículo 337

CP anterior a la entrada en vigor de la reforma penal de 2010. Dicho elemento es considerado por la Audiencia un concepto jurídico cuya definición procedería de dos preceptos penales: el artículo 139 CP, que al determinar las circunstancias que convierten el homicidio en asesinato hace referencia a él exigiendo que el hecho se ejecute “aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido”, y el artículo 22.5 CP, que describe la agravante genérica de ensañamiento como la acción de “aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”. A partir de tales premisas, la Audiencia Provincial de Girona trata de adaptar dichos conceptos al ámbito típico del delito de maltrato de animales, poniéndolo en relación con el caso de autos: “Ensañarse con el cordero no supone sino infligirle padecimientos superfluos para conseguir el resultado final. La muerte del animal es, a todas luces, el mayor daño que se le puede causar; pero a ello puede llegarse mediante un sacrificio ordinario, intentando que el tránsito de la vida a la muerte sea rápido, tratando de alejar un padecimiento prolongado y doloroso, o con hechos mucho más crueles como causándole heridas que le van a llevar a una muerte lenta y atormentada, o produciéndosela por un método atroz como sería desollarlo todavía vivo. En el presente caso la muerte, bien que fuera de los cauces sanitarios, tuvo lugar por el método bien común del degüelle, con un corte en el cuello para producir un urgente desangrado y una muerte rápida”. En este contexto, que el sacrificio del animal se llevara a cabo fuera del marco ordinario del matadero, y sin los permisos y controles administrativos aplicables, es considerado irrelevante a la hora de apreciar el elemento ensañamiento, al igual que el hecho de que los gritos del animal fueran oídos por varios vecinos, a pesar de que estos “sufrieron la desagradable experiencia de oír o ver la muerte innecesaria de un cordero. La impericia del matarife, que eventualmente pudiera prolongar más allá de lo que lo haría un experimentado profesional el padecimiento del animal tampoco es suficiente para considerar concurrente el ensañamiento, dado que éste debe presentarse de una forma dolosa y no por simple torpeza. Por último, el que luego el animal fuera presentado en público, en el escenario de un teatro, y que un actor se acabase de encarnizar con él despellejándolo carece de trascendencia penal, al ser una actividad que se produce *a posteriori*, cuando ya está muerto y carece de capacidad de sufrimiento”. El encaje de los hechos en la falta de maltrato a animales prevista en el artículo 632.2 CP es asimismo descartado por la Audiencia, ya que tal infracción penal exige que la conducta en él tipificada (denominada por el Tribunal “maltrato animal de menor intensidad”) ha de realizarse

“en espectáculos no autorizados legalmente”, y en el caso analizado el “inútil sacrificio del animal” se produjo en el patio trasero de un teatro, como acto preparatorio del espectáculo de teatro, en el que se realizaron solo maniobras *post mortem* en el cuerpo del animal.

Más allá del sentido del fallo (que por las razones apuntadas decreta el sobreseimiento libre de las actuaciones por atipicidad de los hechos), este auto de la Audiencia Provincial de Girona pone de relieve lo acertado de la reforma operada en el artículo 337 CP por la Ley Orgánica 5/2010, en la medida en que, por una parte, al incluir el calificativo *amansado* en la redacción legal del precepto, despeja las dudas —puestas de manifiesto por la resolución judicial comentada— en torno a la exacta determinación del objeto material del delito de maltrato a animales; y, por otra, al eliminar el requisito del ensañamiento, facilita notablemente la aplicación del delito en la práctica, lo que posibilita desde su entrada en vigor fallos condenatorios en supuestos como el presente.

En relació amb els delictes contra l'ordenació del territori, en l'últim període d'estudi, els elements típics "construcció" i "edificació" continuen centrant l'atenció de bona part de les sentències, si bé podem dir que en la línia de consolidació del que és ja doctrina majoritària. Així, per exemple, la Sentència de l'Audiència Provincial de Sevilla (Secció 3a), núm. 169/2011, d'1 d'abril, fa un resum de la postura doctrinal i jurisprudencial en aquest punt, i conclou que *"el concepto de construcción resulta más amplio que el de edificación, incluyéndose en aquel zanjas, muros, vallados, embalses, en definitiva, toda construcción que no tenga por destino principal, como cuerpo cierto espacial sólido y permanente, la habitación del ser humano u otros usos análogos. Por el contrario, en el concepto de edificación se incluye todo cuerpo cierto con dimensión espacial apta al uso humano, de carácter permanente y fijo, y con destino a servir directamente las necesidades de vivienda o residencia del ser humano pero también otras análogas, como el esparcimiento, entretenimiento, habitáculo temporal, ocio, sanitario, actividades económicas o de fábrica"*. A l'empara d'aquesta jurisprudència, se succeeixen les sentències que confirmen l'atipicitat en diferents supòsits com poden ser els relatius a cases prefabricades mòbils (la Sentència de la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Sòria núm. 27/2011, de 13 d'abril; i la Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Barcelona núm. 288/2011, de 4 de maig) o, per exemple, a la col·locació de pedres d'escullera per formar un espigó en zona de domini públic, atès el caràcter efímer (Interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia, Granada, Sala Civil i Penal, Secció 1a, de 7 de gener de 2011).

Una altra qüestió que continua sent d'interès és la relativa als elements "construcció no autoritzada" i "edificació no autoritzable", d'acord amb la redacció típica anterior a la reforma del Codi penal operada per la Llei orgànica 5/2010 de 22 de juny. Quant a l'element "edificació no autoritzable", la Sentència de la Secció 3a de l'Audiència Provincial de Sevilla núm. 169/2011, d'1 d'abril, resulta taxativa quan afirma que *"no se está refiriendo a la posibilidad de que en un futuro, pudiera modificarse la naturaleza del suelo y consiguientemente la legalidad urbanística; pues en ese caso no podría cometerse nunca este delito pues la calificación del terreno, es susceptible de cambio por el legislador o resolución de la administración competente en materia urbanística. Este elemento del tipo debe referirse a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza, no bastando con que la edificación se haya realizado sin licencia, ni que se haya hecho en suelo no urbanizable, sino que se requiere además"*

que, sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento y por tanto, no sea posible su autorización". Si bé la Sentència de la Secció 17a de l'Audiència Provincial de Madrid núm. 191/2011, d'11 de febrer, es manifesta en la mateixa línia pel que fa a la interpretació de l'element "no autoritzable", afirma, en canvi, que *"la contraposición entre la expresión 'autorizable' del apartado 2 del art. 319 del C. Penal con la de 'no autorizada' del apartado 1 ha de de ser atemperada con la aplicación de criterios interpretativos material-teleológicos del bien jurídico. De modo que, aun cuando lo normal es que las construcciones de los supuestos del apartado 1 no sean autorizables a posteriori, si se diera excepcionalmente la posibilidad de una autorización de esa índole debido a que se tratara de una irregularidad legalizable ab initio, tendría que interpretarse de forma flexible la expresión 'no autorizada' y equipararla a la de 'no autorizable'"*.

Seguint també una línia jurisprudencial majoritària, les sentències de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Ciudad Real núm. 63/2011, de 23 de juny, i 73/2011, de 25 de juliol, no admeten l'error de prohibició fundat per actuar en una situació de tolerància administrativa protagonitzada per l'Administració. Així, esmentant jurisprudència del Tribunal Suprem respecte de la tolerància administrativa, recorda que *"si bien tales circunstancias, hubieran podido hacer albergar en el encausado la esperanza de que finalmente podría disfrutar de lo así construido, fuese mediante una indefinición, prolongación de aquella indiferencia administrativa o fuese mediante una modificación normativa alimentada por la presión social o política que supone tan elevado número de inspectores; tal hipótesis obviamente no integraría nunca un error de prohibición sino, a lo sumo, lo que alguna resolución ha dado en llamar "error de impunidad", es decir, la confianza de que pese a infringir las normas podría eludir sus consecuencias, situación que no sólo no tiene eficacia alguna para minimizar el dolo o la antijuridicidad sino que incluso hace más reprochable la conducta si cabe en cuanto se pretende obtener singular beneficio a costa de la comunidad, haciendo de peor condición quienes respetan la ley"*. En canvi, crida l'atenció la Sentència de la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Sòria núm. 27/2011, de 13 d'abril, quan davant d'un cas d'existència de llicència municipal de dubtosa legalitat per construir una edificació, apel·la a la necessària conservació del principi de legalitat amb invocació de l'article 9.3 de la CE i, basant-se en això, conclou *"si concedieron dichas autorizaciones y cobraron por ello, no podemos ahora interpretarlas en contra del reo dando lugar a una*

responsabilidad penal en la conducta del mismo”. Finalment, en la crònica anterior vam fer especial menció dels pronunciaments judicials en sentit contrari que hi ha des de fa temps amb relació a la facultat jurisdiccional d’ordenar motivadament la demolició de l’obra. En concret, destacàvem les sentències quasi simultànies de dues audiències provincials en sentit contrari: així, mentre l’Audiència Provincial de Jaén era partidària d’entendre la mesura com a excepcional i acabava sense acordar-la atenent a raons com ara l’existència de serveis mínims o d’altres construccions en una zona molt degradada, l’Audiència Provincial de les Illes Balears era partidària de tot al contrari, i apel·lava a la no-identificació del discrecional amb l’excepcional i fent insistència en la natura i en els fins perseguits amb la mesura. En els mesos següents, ambdós audiències han confirmat sengles postures (la Sentència de la Secció 3a de l’Audiència Provincial de Jaén núm. 65/2011, de 18 de març, i la Sentència de la Secció 1a de l’Audiència Provincial de les Illes Balears núm. 133/2011, de 18 d’abril). I és la interpretació a favor d’acordar la demolició l’adoptada també per altres tribunals (així, la Sentència de la Secció 2a de l’Audiència Provincial de Ciudad Real núm. 63/2011, de 23 de juny, i la Sentència núm. 73/2011, de 25 de juliol; o la Sentència de la Secció 3a de l’Audiència Provincial d’Almeria núm. 177/2011, de 20 de maig).

Pel que fa als delictes contra el medi ambient, podem destacar dues resolucions en aquest període.

En primer lloc, la Interlocutòria núm. 322/2011, de 26 maig, de l’Audiència Provincial de Múrcia (Secció 3a), en la qual es resol el recurs d’apel·lació contra la interlocutòria del Jutjat d’Instrucció núm. 1 de Múrcia que decreta el sobreseïment provisional i l’arxivament de les actuacions. La part apel·lant sostenia que la interlocutòria impugnada no atenia als mesuraments sonomètrics practicats (dels quals tots superaven els decibels establerts en l’ordenança municipal), així com tampoc a les declaracions de l’alcalde pedani de Santa Cruz i a l’informe medicoforens de 6 de setembre de 2007 així com les manifestacions del seu patrocinat i d’un altre veí per emparar l’existència d’aquells sorolls molestos provocats pel local durant els caps de setmana. La resolució desestima el recurs i confirma el sobreseïment després de reconèixer que tenen lloc absolutament tots els elements objectius del tipus previst en l’article 325 del Codi penal. En concret, afirma literalment que *“los registros o mediciones sonoras efectuadas por la Policía Local de Murcia en la habitación de matrimonio de la vivienda del denunciante superaban ampliamente el límite de decibelios fijado por la Ordenanza*

Municipal de Murcia”. En segon lloc, que hi va haver “*una larga exposición a ruidos perturbadores del sueño que entraña un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas*” i aclareix que “*el ruido, al margen de las peculiaridades individuales (y que pueden existir grupos de personas especialmente vulnerables y sensibles al ruido, como niños, ancianos, enfermos, etc.), puede afectar negativamente en el sueño a partir de los 30 decibelios, y que si esa situación se prolonga, el equilibrio físico y psicológico se puede ver afectado*”. A més, puntualitza que “*el sujeto pasivo del delito contra el medio ambiente no se caracteriza por el alto número de perjudicados*”, i afirma que “*el medio ambiente protegido es también el hábitat de una (o varias) persona(s)*”. Finalment, “*las diligencias instructoras han permitido justificar no sólo esa superación, sino su atribución, sin género de duda racional alguna, como foco y origen de los mismos, el local denunciado*”.

No obstant això, si es declara el sobreseïment era per absència dels elements subjectius del tipus i, en concret, per l'absència de dol. La interlocutòria considera que “*en cuanto a los supuestos requerimientos o comunicaciones dirigidas directamente por parte del Ayuntamiento al Centro de Mayores, no constan en las actuaciones, dado que las únicas que obran son (...) meras referencias verbales (declaración de la Sra. Concejal) o documentadas (menciones tampoco justificadas en forma -folio 187 de la causa-), por lo tanto, no se ha justificado válidamente que el Centro de Mayores de Santa Cruz o algún miembro de su dirección, recibiera indicación, advertencia o requerimiento alguno para reducir los decibelios originados en la «verbena» de fin de semana*”. En altres paraules, el requeriment administratiu que adverteix a l'infractor que s'estan superant els nivells de decibels permesos, s'insinua com un requisit indispensable per construir el dol sobre l'element de la infracció de norma protectora del medi ambient.

La segona resolució que cal destacar és la Sentència núm. 450/2011, de 22 juny, de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 2a). Encara que la sentència no presenti cap novetat sobre la jurisprudència tractada fins al moment, cal destacar-la per la motivació realitzada sobre l'element de “perill greu” exigint en el tipus penal.

Després de considerar el “perill greu” com un “*elemento del tipo valorativo y excesivamente ambiguo que, como ha destacado la doctrina, ha determinado que la aplicación forense de este elemento no haya abandonado el ámbito de lo inseguro*” i que “*hace preciso que desde la jurisprudencia, en su función nomofiláctica, proporcione criterios que permitan otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de*

la norma a través de las sentencias”, la sentència a través de la seva motivació aconseguix avançar en aquest propòsit. En aquest sentit, es fonamenta en la STS 96/2002, de 30 de gener, la qual adverteix que “*semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (STS 105/99, de 27 de enero)*” i acaba conclouent que, *per trobar el tipus mitjà de la gravetat a què fa referència l'article 325 del Codi penal, “habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir la salud de las personas, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro”*. També es considera la STS 194/2001, de 14 de febrer, que va afirmar que “*el peligro equivale a la relevante posibilidad de que llegue a producirse un efecto temido. (...) A tal efecto no puede perderse de vista que el Código penal cifra la concreción del peligro en la intensidad de la incidencia contaminante. Es el índice de ésta, cuando sea susceptible de connotarse con el rasgo típico de gravedad, el que dará relevancia penal a la conducta*”. I conclou que “*en cualquier caso, por la doctrina se destaca que la inevitable valoración ha de tener en cuenta que integran el concepto de peligro dos elementos esenciales: probabilidad y carácter negativo de un eventual resultado. La gravedad se ha de deducir, pues, de ambos elementos conjuntamente lo que significa negar la tipicidad en los casos de resultados solo posibles o remotamente probables, así como de aquellos que, de llegar a producirse, afecten de manera insignificante al bien jurídico*”.

Doncs bé, la sentència objecte de comentari realitza una motivació de l'existència/inexistència d'aquest “perill greu” en el cas concret que, per la seva profunditat i connexió amb les proves pericials aportades en el judici oral mereix que sigui reproduïda quasi íntegrament.

“Por lo que respecta al grave riesgo para el bien jurídico, (...), este Tribunal rechaza que mediase prueba acreditativa de que tal riesgo para la integridad física de las personas existiese. El Ministerio Fiscal afirmó en su escrito de acusación que a consecuencia de los vertidos a los que se viene aludiendo se produjo un grave riesgo de contaminación de uno de los pozos de suministro de agua potable (Pou de la Riera) de la localidad de Olesa de Bonesvalls, afirmación que no contó con corroboración probatoria alguna. Desde el punto final de los vertidos hasta la ubicación del pozo había más de tres kilómetros, concretamente 3.500 metros. Pues bien, más allá de que en el informe emitido por los peritos del INT no se

afirma que existiese riesgo de contaminación de dicho pozo, el perito D. José Coma-Matute Casas, ingeniero de minas y diplomado en hidrología subterránea, amén de haber ratificado en juicio el dictamen que emitió en la causa, afirmó expresamente que a su juicio no existía peligro de que las aguas residuales afectasen al pozo, siendo casi un milagro que las aguas residuales pudieran llegar al mismo.

En relación con el equilibrio de los sistemas naturales, del resultado arrojado por el análisis de las muestras de agua verificado en el INT extrajeron los peritos que lo llevaron a cabo la conclusión de que los vertidos hacían que el río tuviera una flora similar a la que se podía esperar en una planta de tratamiento de aguas residuales: bacterias y hongos propios de aguas negras. El aspecto del torrente es de sedimentos grisáceos, sin ningún indicador de biológico fluvial, y con desprendimiento de olor a sulfhídrico. Como consecuencia de esta situación se producen malos olores, favorece el desarrollo de mosquitos, y se inutilizan todos los usos del agua, además supone un riesgo de contaminación para los acuíferos que puedan existir, añadiendo que el vertido incidente en el torrente, insuficientemente o no depurado, dañaba notablemente las características de su ecosistema, viéndose sus parámetros físico-químicos y biológicos muy degradados, haciendo que su estadio ecológico fuese pésimo en todo el tramo estudiado. La perito D^a Andrea, facultativa del INT que estuvo presente en el lugar de los vertidos, expuso en el juicio, tras ratificar el informe pericial del citado organismo, que el torrente estaba dañado, que se trataba de una zona boscosa donde hay fauna y flora típicamente mediterránea y que cualquier animal que quisiera beber en el torrente no lo podría hacer”.

A la vista d'aquestes conclusions, no va poder sinó entendre's concurrent el requisit del greu risc per a l'equilibri dels sistemes naturals i condemnar l'acusat.

Finalment, i respecte dels delictes relatius a la protecció de la flora i fauna, mereix especial consideració la Interlocutòria núm. 14/2011, de 12 de gener, de l'Audiència Provincial de Girona (Secció 4a), pronunciada arran dels actes comesos pocs dies abans de l'entrada en vigor de la reforma penal operada per la Llei orgànica 5/2010, de 22 de juny. Aquests fets van consistir, en essència, en el sacrifici d'un xai tallant-li el coll amb un ganivet en un pati situat a la part posterior d'un teatre, per treure'l mort posteriorment a l'escenari i interpretar una obra de teatre en què l'actor l'escorxava. Deixant de banda “*el dudoso gusto de la propuesta escénica*”, l'Audiència analitza els diversos elements tant del delicte com de la falta de maltractament d'animals, d'acord

amb la seva redacció anterior, per determinar si és procedent la seva inclusió en alguns d'aquests estàndards típics. En aquest sentit, afirma sense més dubtes la concurrència en el cas tant de la conducta de maltractar i provocar un dels possibles resultats típics (*“ya que se mata al cordero”*), com de l'element *“injustificadamente”*, perquè la presència del cadàver de l'animal a l'escenari *“para que posteriormente se le desolle nos parece arbitraria y caprichosa, pudiéndose utilizar un objeto inanimado con la forma del cordero abierto en canal”*. Igualment, el Tribunal no troba obstacles més grans a considerar l'animal en qüestió l'objecte material del delict: *“En efecto, como se ha sostenido en la causa, el concepto de lo que ha de reputarse animal doméstico no viene definido en el Código Penal como sí se hace con otros conceptos coincidentes con la realidad. Esta imprecisión hace necesariamente que hayamos de acudir a lo que comúnmente se entiende por tal; el diccionario ideológico de la lengua Julio Casares lo define como ‘aplicase al animal que se cría en la compañía del hombre, a diferencia del que se cría salvaje’; el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, señala que ‘dicho de un animal: que se cría en la compañía del hombre a diferencia del que se cría salvaje’; por último, el diccionario de uso del español Maria Moliner lo concreta como que ‘se aplica al animal que se cría en compañía de las personas, a diferencia del que se cría salvaje’”*. A partir d'aquestes definicions, l'Audiència interpreta que *“doméstico no es sinónimo, como pretende el recurrente, de animal de compañía, señaladamente perros y gatos, sino de animal criado en la casa del hombre, la domus latina de la que se deriva al adjetivo calificativo del animal, comprendiendo dicho término un elenco más amplio de animales entre los que se hallan también los llamados animales de granja, entre los que se encuentran ovejas y corderos”*.

Obstacles més grans troba, en canvi, el Tribunal a l'hora d'estimar la concurrència de l'element encrueliment, inclòs en la redacció legal de l'article 337 CP anterior a l'entrada en vigor de la reforma penal de 2010. Aquest element és considerat per l'Audiència un concepte jurídic, la definició del qual procediria de dos preceptes penals: l'article 139 CP, que en determinar les circumstàncies que converteixen l'homicidi en assassinat, hi fa referència exigint que el fet s'executi *“aumentando deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”*, i l'article 22.5 CP, que descriu l'agregant genèric d'encrueliment com l'acció d'*“aumentar deliberada e inhumanamente el*

sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito". A partir d'aquestes premisses, l'Audiència Provincial de Girona tracta d'adaptar aquests conceptes a l'àmbit típic del delict de maltractament d'animals, i el posa en relació amb el cas d'interlocutòries: "*Ensañarse con el cordero no supone sino infligirle padecimientos superfluos para conseguir el resultado final. La muerte del animal es, a todas luces, el mayor daño que se le puede causar; pero a ello puede llegarse mediante un sacrificio ordinario, intentado que el tránsito de la vida a la muerte sea rápido, tratando de alejar un padecimiento prolongado y doloroso, o con hechos mucho más crueles como causándole heridas que le van a llevar a una muerte lenta y atormentada, o produciéndosela por un método atroz como sería desollarlo todavía vivo. En el presente caso la muerte, bien que fuera de los cauces sanitarios, tuvo lugar por el método bien común del degüelle, con un corte en el cuello para producir un urgente desangrado y una muerte rápida*". En aquest context, el fet que el sacrifici de l'animal es dugués a terme fora del marc ordinari de l'escorxador, i sense els permisos i els controls administratius aplicables, és considerat irrellevant a l'hora d'apreciar l'element d'encrueliment, igual que el fet que els crits de l'animal foren oïts per uns quants veïns, a pesar que aquests "*sufrieron la desagradable experiencia de oír o ver la muerte la muerte innecesaria de un cordero. La impericia del matarife, que eventualmente pudiera prolongar más allá de lo que lo haría un experimentado profesional el padecimiento del animal tampoco es suficiente para considerar concurrente el ensañamiento, dado que éste debe presentarse de una forma dolosa y no por simple torpeza. Por último, el que luego el animal fuera presentado en público, en el escenario de un teatro, y que un actor se acabase de encarnizar con él despellejándolo carece de trascendencia penal, al ser un actividad que se produce a posteriori, cuando ya esta muerto y carece de capacidad de sufrimiento*". L'encaixament dels fets en la falta de maltractament a animals prevista en l'article 632.2 CP és descartada per l'Audiència, ja que aquesta infracció penal exigeix que la conducta tipificada en aquest article (anomenada pel Tribunal "*maltrato animal de menor intensidad*") ha de realitzar-se "*en espectáculos no autorizados legalmente*", i, en el cas analitzat, "el sacrifici inútil de l'animal" va tenir lloc en el pati posterior d'un teatre, com a acte preparatori de l'espectacle de teatre, en el qual només es van realitzar maniobres *post mortem* al cos de l'animal.

Més enllà del sentit de la decisió (que per les raons esmentades decreta el sobreseïment

lliure de les actuacions per atipicitat dels fets), aquesta interlocutòria de l'Audiència Provincial de Girona posa en relleu els encerts de la reforma operada en l'article 337 CP per la Llei Orgànica 5/2010, en la mesura que, d'una banda, en incloure el qualificatiu "amansado" en la redacció legal del precepte aclareix els dubtes, que posa de manifest la resolució judicial comentada, entorn de la determinació exacta de l'objecte material del delictes de maltractament a animals; i, de l'altra, en eliminar el requisit de l'encrueliment, facilita notablement l'aplicació del delictes en la pràctica, i possibilita, des de la seva entrada en vigor, decisions condemnatòries en supòsits com aquest.