

JURISPRUDENCIA GENERAL: DERECHO PENAL

JOAN BAUCCELLS I LLADÓS

Profesor titular de Derecho Penal

Universitat Autònoma de Barcelona

ESTHER HAVA GARCÍA

Profesora titular de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

MARIA MARQUÈS I BANQUÉ

Profesora colaboradora de Derecho Penal

Universitat Rovira i Virgili

Con relación a los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, en las últimas crónicas se ha dado cuenta del intenso debate jurisprudencial que ha tenido lugar en las audiencias provinciales en torno a la cuestión de la demolición de la obra prevista en el artículo 319.3 CP. En el período ahora analizado, más que novedades en cuanto a la argumentación, cabe destacar la referencia cada vez más frecuente de las audiencias provinciales a la postura del Tribunal Supremo en esta materia y el papel cada vez más relevante que va tomando la posible legalización de la obra en las consideraciones de los tribunales.

Un buen ejemplo es la SAP de Murcia (Sección 2.^a) núm. 61/2014, de 17 de febrero. La Sala sintetiza la doctrina del Tribunal Supremo (a partir de la STS núm. 529/2012, de 21 de junio), estableciendo lo siguiente:

- 1.- La regla general es la de la demolición, la excepcional la no demolición.
- 2.- Son supuestos muy graves en que prácticamente procedería siempre la demolición: a) cuando estando la obra completamente fuera de la ordenación no sea legalizable o subsanable; b) cuando haya existido una voluntad de rebeldía del sujeto activo a las órdenes o requerimientos de la Administración; c) en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se sume un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.
- 3.- Habrá que tener en cuenta criterios tales como: a) la gravedad del hecho; b) la naturaleza de la construcción; c) la proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría al infractor, si se hiciera un planteamiento económico; d) que se afecten derechos fundamentales, como el uso de la vivienda propia; e) la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción tomando en distinto valor los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc.
- 4.- En todo caso caben excepciones: a) cuando se trate de mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa; b) cuando se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a la norma la edificación o construcción; c) en atención al tiempo transcurrido entre la realización de la obra y la fecha de la sentencia firme, puede valorarse también que las obras de potencial demolición se encuentren en área consolidada de urbanización; no obstante esta excepción no puede extenderse a futuras e inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán en exclusiva de la autoridad municipal ni cuando surja por ello una necesidad pública de instalar futuros servicios de

saneamiento y otros de carácter público que les habrían de ser prestados, lo que a sensu contrario podría interpretarse que es supuesto excepcional admisible aquellos casos en que dichos servicios públicos ya estuvieran instalados o prestados por la propia Administración.

5.- No son argumentos admisibles para denegar la demolición ni la invocación del principio de intervención mínima del derecho penal, ni la existencia de otras construcciones similares en la zona, ni la posibilidad de deferir la decisión a ulteriores actuaciones administrativas.

6.- Se requiere motivación judicial específica en la sentencia tanto para acordar la demolición como para denegarla, que sea razonable.

Ahora bien, llegado el momento de aplicar esta doctrina al caso concreto, la Audiencia Provincial de Murcia considera que, a pesar de darse algunas de las circunstancias expresadas en la Sentencia del TS, cabe sostener la no demolición por entender que no se está ante uno de esos supuestos especialmente graves que deberían conllevar la demolición de una manera casi definitiva y existir otras razones que avalan la no demolición. Así, entre estas razones, se hace especial hincapié en el carácter posiblemente legalizable de la obra, atendida “la ausencia de una declaración o informe oficial taxativos que digan que, en ningún caso, bajo ningún concepto, la obra ejecutada por el acusado no podía ser legalizada a posteriori”. Considera la Sala que “si no se ha probado específicamente que la obra no fuese legalizable, siendo dicha prueba fácil de llevar a efecto, no puede establecerse en contra del reo la presunción de que efectivamente no lo era, mucho menos cuando el propio Jefe del Servicio de Disciplina Urbanística dice también, tal como explica la sentencia, que alguna obra inicialmente ilegal de esa misma zona ya ha sido legalizada. Si hay otras obras legalizadas no puede descartarse, sino todo lo contrario, la posibilidad de legalización de la obra ejecutada por el acusado”.

La posible legalización de la obra como argumento para la no demolición es utilizado también en la SAP Jaén (Sección 3.ª) núm. 5/2014, de 15 de enero, la cual, confirmándose en una postura anteriormente defendida por la Sala, entiende que “a la hora de decidir si se acuerda o no la demolición, han de ponderarse circunstancias de gravedad para el medio ambiente y posibles cambios normativos, y en el caso que nos ocupa, en efecto consta la posible legalización de la zona, ya que la misma está dentro de un avance aprobado del nuevo P.G.O.U.”.

Con relación a esta misma cuestión, cabe destacar todavía la SAP Sevilla (Sección 4.^a) núm. 87/2014, de 18 de febrero, en la que se plantea la incidencia que sobre la procedencia del pronunciamiento de demolición podría tener la promulgación del Decreto de la Junta de Andalucía 2/2012, de 10 de enero, “sobre régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía”. En sus consideraciones, la Sala parte de lo que considera una obviedad: “[...] que el Decreto 2/2012 carece de cualquier trascendencia respecto a la tipicidad penal de la obra ilegal. En las expresivas palabras de su exposición de motivos, las edificaciones cuyo régimen se ve afectado por la norma ‘siguen manteniendo su situación jurídica de ilegalidad, y en consecuencia su reconocimiento o tolerancia por la Administración lo será sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera haber incluido su titular’, responsabilidades cuyo mantenimiento declara expresamente el artículo 7 del Decreto”.

Sin embargo, la Sala admite también que, al permitir que a algunas de esas edificaciones ilegales se les reconozca la categoría denominada “situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación [...], el Decreto 2/2012 viene a posibilitar, no una legalización o regularización de tales edificaciones, pero sí su definitiva consolidación, al autorizarse en ellas determinadas obras de mantenimiento y preverse, con estrictas condiciones y limitaciones, la prestación de servicios básicos a las mismas, así como la inscripción de la edificación en el Registro de la Propiedad”.

Como consecuencia de ello, la Sala establece en qué situaciones, a su juicio, procede la demolición de la obra y en qué situaciones no, siendo de destacar que, en el último caso, se deja la puerta abierta para que en ejecución de sentencia se deje sin efecto el acuerdo de demolición:

- a) No debe acordarse en ningún caso la demolición de la obra ilegal cuando esta ha obtenido el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen legal de fuera de ordenación, conforme a las previsiones del Decreto 2/2012 de la Junta de Andalucía. Resultaría desproporcionado y generaría agravios comparativos inasumibles que la jurisdicción ordenase la demolición de una construcción que la administración, tras un procedimiento reglado, ha permitido conservar de acuerdo con la normativa vigente.
- b) Tampoco debe acordarse la demolición, como regla general, cuando el procedimiento para el reconocimiento de la edificación ya se ha iniciado (partiendo

siempre de su previa identificación en el Plan o en el Avance de planeamiento), salvo que se adviertan obstáculos insalvables de legalidad, en especial los relativos a las necesarias condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad (artículo 10.1c) del Decreto). En este tipo de casos no estamos ante una expectativa más o menos difusa de eventual “legalización” futura de la obra, sino ante un concreto expediente administrativo ya en curso y cuya conclusión esperable es la resolución reconociendo la situación de asimilado a fuera de ordenación, con las consecuencias antes vistas.

c) Debe acordarse, en cambio, la demolición cuando la obra ilegal no es susceptible de ese reconocimiento, como ocurre cuando no han prescrito las medidas administrativas de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado (artículo 3.1 del Decreto, en relación con el 185 de la LOUA) o cuando las edificaciones se han ubicado en terrenos clasificados de antemano como suelo no urbanizable de especial protección (artículo 3.2 del Decreto). Mientras esas situaciones se mantengan, el reconocimiento es imposible y es aplicable la doctrina jurisprudencial sobre la irrelevancia de las meras expectativas de modificación futura de la situación legal.

d) En los casos en que el reconocimiento o regularización de la edificación exija una revisión del planeamiento vigente (como ocurre con carácter general con los asentamientos urbanísticos) o cuando no se acredite la iniciación del procedimiento para el reconocimiento, siendo este posible, debe acordarse la demolición de la obra ilegal, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia pueda dejarse sin efecto esa disposición, si el reconocimiento de la edificación o la modificación del planeamiento hacen innecesaria dicha demolición, como permite su naturaleza de consecuencia jurídica del delito, según advierten expresamente las dos sentencias del Tribunal Supremo citadas en el fundamento segundo.

Otra sentencia que se singulariza en este período por tratar una cuestión menos frecuente, por más que no estrictamente novedosa, es la SAP Madrid (Sección 1.ª) núm. 582/2013, de 27 de diciembre. En esta sentencia se aborda la relación entre el delito urbanístico del artículo 319.1 CP y el artículo 338 CP (agravación por llevarse a cabo la conducta en un espacio natural protegido).

La Audiencia Provincial recuerda que el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1250/2001, de 26 de junio, estableció la compatibilidad entre los artículos 319.1 y 338 CP ya que ambos preceptos castigan situaciones de hecho distintas. El primero castiga, entre otras cosas, las construcciones no autorizadas en terrenos que hayan sido

considerados de especial protección o que tengan reconocido su valor paisajístico o ecológico, y el segundo castiga las que afecten a espacios naturales protegidos. No toda construcción en suelo no urbanizable recae en un espacio natural protegido y no todo terreno con declarado valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico, cultural o de especial protección, según la dicción del artículo 319.1 CP, tiene la consideración de espacio natural protegido, que es el tipo de espacio que tiene la protección agravada en el artículo 338 CP. Por otro lado, la afectación de un espacio natural protegido tiene un mayor desvalor que la afectación de terrenos que no tienen esta especial cualificación jurídica. Por último, en el artículo 338 CP no solo se protege el planeamiento urbanístico, que es el objeto de protección prioritario del artículo 319 CP, entendido como una ordenación racional y equilibrada del territorio, sino también el medio ambiente como valor de protección especialmente intenso. En consecuencia, todas estas razones son las que justifican la protección agravada que otorga el artículo 338 CP.

La agravación del artículo 338 CP requiere, sigue recordando la Audiencia Provincial de Madrid, que el “espacio natural protegido” resulte afectado. La cuestión es determinar qué se entiende por *afectación*. Una interpretación amplia de dicho precepto sugeriría que por *afectación* debe entenderse toda actuación en el espacio natural protegido, cause o no perjuicio y altere o no el equilibrio medioambiental de la zona que se pretende proteger. En tal caso *afectación* equivaldría a “hacer en, realizarse en” o vocablos similares que no han sido utilizados en el precepto.

Una interpretación más restrictiva y más acorde con el bien jurídico que se pretende proteger con la norma y que se corresponde mejor con el fundamento de la agravación contenida en el artículo 338 CP sugiere que por *afectación* debe entenderse no solo la mutación del espacio, sino también el deterioro del medio ambiente que se pretende proteger. En tal sentido, el diccionario de la Real Academia Española define la palabra *afectar* como “producir alteración o mudanza en alguna cosa”, pero también como “menoscabar, perjudicar o influir desfavorablemente”.

La Sala considera, finalmente, “que esta última es la acepción admisible por lo que procede analizar qué tipo de menoscabo justifica la agravación. Debe tratarse de un menoscabo que suponga una afectación efectiva y material del espacio protegido para lo que habrán de valorarse todas las circunstancias concurrentes tales como si la zona afectada constituye o no el núcleo esencial del espacio que contiene los valores que se pretenden proteger con la declaración administrativa de espacio natural protegido, el

tipo e importancia de la actuación ilícita realizada, los usos anteriores que se venían realizando en el mismo terreno, la degradación de la zona por otras actuaciones anteriores y cualesquiera otras que puedan tener incidencia para determinar el menoscabo efectivo producido con la actuación ilícita”.

Con relación al delito de prevaricación urbanística del artículo 320 CP, en este período de referencia cabe mencionar la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Sevilla núm. 146/2014, de 17 de marzo, por la que se condena por el artículo 320.1 al secretario de un ayuntamiento por haber informado favorablemente la concesión de una licencia de ampliación de vivienda a sabiendas de su ilegalidad; y al alcalde y concejales por el artículo 320.2 por haber votado a favor de la concesión de la licencia pese a que el informe del arquitecto municipal era desfavorable por no ajustarse la obra a la legalidad vigente. La motivación de la Sentencia se centra en el elemento subjetivo de la conducta, no admitiendo el desconocimiento de la ilegalidad de la obra por parte de los implicados.

En sentido parecido se pronuncia la SAP de Las Palmas (Sección 2.ª) núm. 276/2013, de 17 de diciembre, al condenar por el artículo 320.2 CP la concesión de licencias para la construcción de viviendas familiares en un espacio natural protegido. Como afirma la Sala: “Lo relevante en el presente caso es que los acusados no podían desconocer, pues fueron advertidos, que faltaba el preceptivo informe jurídico”.

La inexistencia de arbitrariedad por confusión sobre la normativa existente en el momento de la concesión de la licencia sí se aprecia y es motivo de absolución, en cambio, en la SAP de las Islas Baleares (Sección 2.ª) núm. 130/2013, de 9 de diciembre.

La crónica relativa a la jurisprudencia recaída durante este semestre con relación al delito ecológico es un buen ejemplo del carácter eminentemente simbólico que desarrolla la protección penal del medio ambiente. Nos referimos al hecho de que mientras que, por una parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1.ª) de 13 noviembre de 2013 se pronunciaba sobre el mayor acto de contaminación producido en España absolviendo de delito ecológico a todos y cada uno de los acusados en el caso *Prestige*¹, por otra, una parte muy relevante de las sentencias recaídas en este período han condenado actos de contaminación acústica y lesiones

¹ Un análisis crítico de esta sentencia puede encontrarse en BAUCCELLS LLADÓS, J. y PETIT, B., “Possibilities and limits of environmental criminal protection. Reflections on the Erika and Prestige cases (or how an organized irresponsibility system carries on)”, *Indret*, núm. 3, 2013.

realizados por locales musicales. En efecto, de las siete sentencias identificadas, tres han recaído sobre propietarios de locales nocturnos en los que se emitían ruidos que superaban los niveles tolerados en la normativa administrativa (SAP de Barcelona, Sección 8.^a, de 3 de marzo de 2014; SAP de Sevilla, Sección 3.^a, de 24 de octubre de 2013; y SAP de Las Palmas, Sección 6.^a, de 10 de enero de 2014).

Más allá de esta paradoja, las sentencias de este período también son un reflejo de las principales cuestiones que se han venido identificando en esta crónica jurisprudencial. En primer lugar, y respecto a los elementos objetivos del delito ecológico, se consolida el reconocimiento del peligro exigido en el tipo penal como un peligro “hipotético”. De entre todas ellas profundiza sobre la cuestión la SAP de Las Palmas (Sección 6.^a) núm. 1/2014, de 10 de enero. En ella, pese a reconocerse al principio que “la jurisprudencia posterior a la entrada en vigor del Código Penal de 1.995 ha venido aplicando al artículo 325 los mismos criterios interpretativos que se habían consolidado con relación al artículo 347 bis del CP de 1.973 , es decir, interpretándolo como una modalidad de delito de peligro concreto”, se aclara que “no debe perderse de vista que se ha tratado de pronunciamientos referentes a supuestos en los que, bien la creación de un peligro concreto para el medio ambiente era evidente (SSTS 1583/2001, de 17 de septiembre y 442/2000, de 13 de marzo), bien se excluía la del propio carácter peligroso de la acción (STS 2184/2001, de 23 de noviembre), o que la misma entrañara una infracción de las disposiciones legales y reglamentarias protectoras del medio ambiente (STS 688/2001, de 27 de abril), o bien se enjuiciaban conductas desarrolladas durante la vigencia del CP anterior (SSTS 822/1999, de 19 de mayo; 1599/1998, de 16 de diciembre); y 90/1997, de 1 de febrero)”.

Finalmente, reconoce el carácter hipotético del peligro al asumir que la STS 388/2.003, de 1 de abril, habla de peligro hipotético, y en la misma se hacen las siguientes consideraciones: “No ha de olvidarse que la doctrina jurisprudencial más reciente (STS 1828/2002, de 25 de octubre y 52/2003, de 24 de febrero, sobre contaminación acústica), al destacar la naturaleza como delito de peligro del tipo definido en el artículo 325 del Código Penal de 1.995, ya no califica el peligro como concreto, pues en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto. Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una

figura delictiva de peligro hipotético o potencial”. De ahí que reconozca las consecuencias a efectos de prueba de esta técnica de peligro al establecer lo siguiente:

[...] de acuerdo con ello, es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido (SSTS de 24-6-04 , 2-11-04 , 20-6-07 y 30-12-08).

La STS de 8-4-08 señala que la categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro en proximidad de amenaza para un bien determinado, basta la producción de un estado de riesgo, y del riesgo debe predicarse la gravedad; no basta, pues, cualquier clase de riesgo, pues los no graves podrán dar lugar, en su caso, a respuestas de tipo administrativo. En este sentido, la STS de 30-1-02 establece que esta exigencia atribuye a los tribunales una labor de concreción típica, pues semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor. El criterio de la gravedad del perjuicio hay que ponerlo en relación con la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, etc.

En todo caso, estos criterios necesitan de una prueba pericial que lo exponga, pues en definitiva es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal, ya que el artículo 325 CP exige que las conductas tipificadas puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, y si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.

Siguiendo con el elemento del peligro, merece destacarse una vez más que la exigencia típica de que ese peligro sea “grave” condiciona la absolución de algunos supuestos. En este semestre esto ocurre, en primer lugar, en el caso que tuvo por objeto la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 10 de septiembre de 2012, que absolvía a los acusados por el vertido de líquidos contaminantes (“se trata de seis botes en los cuales cinco de ellos son materia sólida recogida de diferentes sitios de esta planta y uno de ellos es líquido del que suelta la maquinaria prensadora”, reza el informe correspondiente efectuado por los agentes del SEPRONA). El Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) en su

Sentencia núm. 840/2013, de 11 de noviembre, confirma la absolución por entender que “en el caso enjuiciado, no ha quedado probado que se haya el riesgo grave en los sistemas naturales”. Después de insistir en que “este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto”, en el caso enjuiciado tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo consideran que “no se trata tanto de que no se hubiera probado que hubo contaminación, ni siquiera indiciariamente, sino que en realidad lo que no se probó fue que esas posibles irregularidades en la gestión de residuos (escapes de vertidos, quemas) tengan la potencialidad para afectar gravemente a los sistemas naturales. En definitiva, que no sólo no se acreditó que se contaminara, sino que lo que pudiera parecer contaminante fuera grave desde el punto de vista de la afectación del equilibrio medioambiental”. Es decir, la Audiencia descarta, por falta de prueba, los siguientes elementos: en primer lugar, que se contaminara; en segundo lugar, que, en su caso, tal contaminación tuviera relación con cualquier tipo de afectación al equilibrio medioambiental; y, finalmente, negó su potencialidad como grave atentado a los sistemas naturales.

Con estas declaraciones judiciales en contenidos fácticos de indudable interés para la conculcación del tipo penal cuya aplicación se solicita, es claro que el motivo “no puede prosperar por la vía de la pura infracción de ley, que es como ha sido viabilizado el motivo”.

Pero también ocurre, en segundo lugar, en la absolución por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 1.^a) en su Sentencia núm. 717/2013, de 26 de diciembre, al considerar que “de los hechos probados (con independencia de quién sea el legalmente competente para evitar los vertidos) no se infiere la comisión del delito imputado puesto que solo se declara probado uno de los elementos del delito: el vertido de las aguas residuales pero no que ese vertido pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales ni el grave riesgo para la salud de las personas”.

Por lo que se refiere a los elementos subjetivos del tipo, merece destacarse la SAP de Lugo (Sección 2.^a) 20/2014, de 11 de febrero. Esta sentencia consideró probado que en la sesión extraordinaria de la Junta de Gobierno del *concello* de Muras de fecha 12/9/2005 se aprobó por unanimidad de los tres integrantes presentes —alcalde, primer teniente alcalde y segundo teniente alcalde— el proyecto técnico de la obra de apertura de acceso de A Balsa a Campo do Foxo. Tal vial, de unos 1.200 metros de longitud y

con una anchura aproximada de 6,50 metros, se encuentra en el espacio natural Serra do Xistral, incluido en la red Natura 2000 como lugar de importancia comunitaria.

En la zona ocupada por el nuevo vial, que en parte era acondicionamiento del terrizo ya existente y en parte nuevo trazado sobre un paso de ganado y peatones, se localizaban, en mayor o menor medida, formaciones de hábitats prioritarios como brezales húmedos atlánticos (4020) o turberas altas activas (7110).

Pese a que para la realización de la obra no se solicitó autorización alguna previa a la Consellería de Medio Ambiente, la SAP de Lugo absolvió a los acusados por considerar que “la Secretaria municipal realizó informes en el sentido de que era precisa tal autorización previa, pero sin que se tenga constancia de que de esos informes hubieran tomado conocimiento los acusados. Tampoco se considera acreditado que los acusados conocieran que el espacio en el que se iba a construir el vial era espacio protegido”. Se consideró probado que el “Alcalde manifestó en su declaración (f. 74), que se enteró de que estaba en Red Natura por la prensa y que no sabía que la obra precisaba declaración de impacto ambiental. En el acto del juicio oral reiteró que no tuvo conocimiento de los informes de la Secretaria a los que hemos hecho referencia anteriormente”. Aunque se echa de menos que la Sentencia lo reconozca expresamente, se sobreentiende que se excluye de responsabilidad penal por ausencia de dolo puesto que se dice literalmente lo siguiente: “[...] ya que al no poder responsabilizar a los acusados de ninguna de las conductas, ni del delito medioambiental ni de la prevaricación, hemos de dictar una sentencia absolutoria”.

Para finalizar, merecen también destacarse los desistimientos de apelaciones ante las audiencias provinciales por cuestiones estrictamente procesales. En la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Granada del rollo 395/2012 se admite como probado el hecho de que las aguas residuales de los municipios de Alcadia de Guadix y Exfiliana se han estado vertiendo en las acequias de Chiribale y Exfiliana para ser usadas en riegos. Sin embargo, se absuelve por entender el juez a quo que los alcaldes carecían de competencia y medios para evitar los hechos. Recurrida en segunda instancia, se confirma la absolución por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 1.ª) en Sentencia núm. 717/2013, de 26 de diciembre, al considerar que “de los hechos probados (con independencia de quién sea el legalmente competente para evitar los vertidos) no se infiere la comisión del delito imputado puesto que solo se declara probado uno de los elementos del delito: el vertido de las aguas residuales pero no que

ese vertido pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales ni el grave riesgo para la salud de las personas”. Aspectos todos ellos que, según la Audiencia, implicarían la modificación del relato para introducir tales elementos que exige la valoración de las pruebas testificales y periciales practicadas en el plenario, lo que no resulta posible según la doctrina apuntada por la STC 167/2002, que veda la posibilidad de que, sin acudir a la inmediación y la contradicción en la segunda instancia, el Tribunal de apelación revise la apreciación probatoria y llegue a conclusiones y decisiones agravatorias para el reo.

De idéntico contenido es la SAP Sevilla (Sección 3.ª) núm. 626/2013, de 24 de octubre.

De nuevo se recuerda lo siguiente:

Según sentencias del T.S entre otras 10-2 90 y 11-3-91 en las pruebas de índole subjetiva, como son las declaraciones de los acusados y testigos, es decisivo el principio de inmediación y por ello es el Juzgador de instancia quien se halla en condiciones óptimas para decidir sobre la credibilidad que ha de darse a lo visto y oído en el acto de juicio oral pues cuando el medio de prueba es una persona, la convicción judicial se forma también con los gestos, expresión facial, tono de voz, duda de las manifestaciones inseguridad o incoherencia de las mismas etc... que el juzgador puede apreciar y valorar en consecuencia a tenor de lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pues cuando en el acto del juicio oral se producen varias declaraciones la determinación de cuál es la verdadera depende claramente de la inmediación con la que esta prueba es recibida por el Juzgador de instancia, por lo que en consecuencia, en el marco estricto de la apelación, este Tribunal no puede ni revisar la convicción en conciencia del juzgador de instancia respecto de una prueba que ni ha visto ni ha oído personalmente.

En el presente caso el juez “a quo” valora correcta y detalladamente la prueba practicada; en primer lugar respecto a las periciales practicadas en el acto del juicio realiza dicha valoración una por una y así, en primer lugar, la realizada por Agentes de Policía que consignan el nivel no soportable de ruido de la discoteca; en segundo lugar analiza igualmente el informe pericial del Sr. Maximiliano que establece que se dan unos niveles de ruidos no aptos, especialmente los ruidos de baja frecuencia que son muy molestos; en el dormitorio de matrimonio con ventana cerrada se miden 35,79 dBA y con las ventanas abiertas 47,65 dBA lo que supera los límites permitidos; en tercer lugar el informe elaborado a petición del Ayuntamiento por el Sr. Luis Angel, que se efectuó a nivel de fachadas al no poderse hacer dentro de la[s] viviendas afectadas, y que también determina que

existe un nivel de emisión exterior de un mínimo de 56,6dBA superior al permitido que es 55 dBA; en la pericial de INASEL en la que se establece que el nivel de ruido con ventanas abiertas y puerta cerrada era de 61,6 dBA muy superior al límite permitido y con ventanas y puertas cerradas era de 32,6 dBA superior en 2,3 dba al límite máximo permitido en la normativa; en la cuarta pericial acústica se acredita el mal uso del limitador y la desconexión del micrófono resultando que la medición en los puntos donde se pudo hacer era desfavorable en unos y favorable en otros. En la sentencia se valoran igualmente las declaraciones de los testigos, entre ellos, los agentes de policía que manifestaron que el nivel de ruido era muy alto y que imposibilitaba el descanso, vibraban los adornos consistentes en cuadros y platos colgados y observaron movimientos de colchones etc. y los vecinos de los denunciados que igualmente constatan aquella situación que se relata igualmente por los perjudicados. Por lo que respecta a los delitos de lesiones imputados, en el caso de autos se acreditan las lesiones sufridas por los denunciados y su hijo menor, por el dato objetivo del informe de forense que ratificado en juicio, explicando la Sra Médico Forense la relación de causalidad entre los ruidos y las lesiones sufridas cuya indemnización ha sido valorada pormenorizadamente en la sentencia. En cuanto a la autoría de ambos acusados queda correctamente establecido en los hechos probados, los periodos en que cada uno de ellos estuvo al frente del negocio, y eran responsables del mismo.

Por último, y para continuar refiriéndonos a aspectos procesales, debemos mencionar la SAP de Las Palmas (Sección 6.ª) núm. 1/2014, de 10 de enero, que revoca la del Juzgado de lo Penal número 3 de Arrecife por considerar lo siguiente:

[...] evidente que para determinar la existencia de la contaminación acústica han de existir niveles de ruido que excedan de la normativa aplicable y efectivamente la sentencia de instancia en su relato de hechos probados relaciona las mediciones efectuadas por los Agentes de la Policía Local que excedían de los límites, sin embargo parte la sentencia de un error, y es que el sonómetro con el que se efectuaron las mediciones no había sido calibrado, tal es así que incluso el Agente NUM000 señaló que tan solo se efectuaba una prueba indiciaria y si la misma arroja una medición superior a la autorizada se comunica al Ayuntamiento para que envíe un técnico, intervención de este que no consta en el expediente administrativo, añadiendo el Agente NUM001 que desconocía que el sonómetro hubiera pasado revisiones. Señalando ambos que estas mediciones se efectuaban desde la acera de enfrente, sin que conste que se hayan efectuado mediciones en la

vivienda del denunciante, ni que tampoco se haya discriminado el sonido residual, ni el proveniente de locales adyacentes.

De esta suerte estas mediciones, verdadero leiv motiv de las acusaciones, no dejan de ser orientativas, y así lo entendemos por cuanto que las mediciones debieron haberse realizado, las correspondientes al año 2002, conforme a las precisiones legalmente requeridas por la Orden de 16 de diciembre de 1998 (RCL 1998, 3029), por la que se regula el control metrológico del Estado, que exige una verificación anual, y una comprobación que se precisa al principio y final de cada medición, como igualmente establece la Orden ITC/2845/2007, de 25 de septiembre (RCL 2007, 1798 y 2195) , por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a la medición de sonido audible y de los calibradores acústicos, por lo que se refiere a las mediciones del año 2009.

A este respecto nos dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2012 “y nadie ha probado en esta causa, frente a ello, que las mediciones anteriores ofrecieran garantía legal alguna, pues no eran más que simplemente orientativas, porque se realizaron sin el debido calibrado del aparato medido”.

Finalmente, y respecto de los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, debe mencionarse la SAP Barcelona (Sección 2.^a) núm. 584/2013, de 25 de julio, que estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 2 de abril de 2012 del Juzgado de lo Penal núm. 25 de la misma localidad, que había condenado a los imputados como autores de un delito contra la fauna previsto en el artículo 335.1 CP por haber cazado aves silvestres mediante el método no selectivo consistente en dejar esparcidas en el suelo diversas varitas y ramas de la vegetación del lugar impregnadas con cola de rata y usando el reclamo de un jilguero macho enjaulado. Este fallo de la Audiencia, además de plantear las dos posibilidades interpretativas que se deducen de la actual redacción de los artículos 335.4 y 336 CP tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, constituye un importante cambio respecto a la valoración del método de “caza en barraca” que se había venido manteniendo desde 2009 en la jurisprudencia menor catalana de forma prácticamente unánime. En efecto, frente a la argumentación empleada por la Sentencia de instancia (que absuelve a los acusados del delito regulado en el artículo 336 CP conforme a lo declarado por la línea jurisprudencial mayoritaria), el Ministerio Fiscal redarguye que la nueva redacción dada a dicho precepto en 2010 ya no resulta compatible con tal línea jurisprudencial, pues la reforma penal otorga una protección más amplia a la biodiversidad, al tipificarse ahora

no solo la actuación de quien, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna (redacción en la que descansó el análisis de la Sentencia de instancia), sino también la utilización de métodos de captura no selectivos como son el uso de colas o pegamentos, método que se encuentra prohibido por la normativa internacional, europea, española y catalana aplicables, precisamente por su carácter no selectivo.

La mayoría de la Sala de la Audiencia Provincial acoge el razonamiento del Ministerio Fiscal e interpreta que, tras la reforma de 2010, el artículo 336 CP tipifica de forma independiente el empleo de métodos no selectivos para la caza, debiendo entenderse por tales “aquellos que no discriminan la especie a cazar o pescar, es decir, aquellos que, aunque se encuentren dirigidos a cazar una determinada especie en concreto, pueden producir la muerte o captura de cualquier otra especie de fauna distinta de la deseada, no pudiendo confundirse con los métodos ‘masivos’ que serán aquellos que permiten capturar un gran número de piezas a la vez, con independencia de que se trate de las piezas que se quería cazar o de otras distintas, si bien, como apunta la generalidad de la doctrina, tales métodos de caza o pesca masivos suelen ser por lo general también ‘no selectivos’ ya que a la par que permiten capturar un gran número de piezas a la vez, no discriminan la especie a cazar”. Como señala la Sentencia comentada, esta ampliación de las conductas típicas conforme al artículo 336 CP respondió a la necesidad de armonizar la normativa interna conforme a las obligaciones asumidas en el seno de la Unión Europea, y más concretamente a la necesidad de incorporar a la legislación penal española el contenido de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal. Al respecto, recuerda además la Audiencia Provincial que el Estado español ya fue condenado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de 9 de diciembre de 2004, pues su tolerancia en relación con la práctica de la caza con *parany* en el territorio de la Comunidad Valenciana suponía un incumplimiento de las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos 8.1 y 9.1 de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres.

Parece claro para el voto mayoritario que apoya la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que con la nueva redacción del artículo 336 CP ya no es necesario

constatar en el método de caza una eficacia destructiva equivalente a la del veneno o explosivo, siendo suficiente con que el método prohibido sea “no selectivo”, cualidad que no tiene por qué conllevar un plus de lesividad identificable con lo devastador, pues de lo contrario “ningún sentido o razón habría para que el legislador hubiese ampliado la conducta típica, bastando con estar a la redacción precedente [...]. La similar eficacia respecto al veneno o explosivos para la fauna de otros instrumentos o artes empleados para la caza o pesca, vendrá vinculada tras la reforma operada en el tipo penal por la L.O. 5/2010 no necesariamente a la potencialidad lesiva o destructiva de aquéllos en cuanto medios que pueden llegar a tener una incidencia directa en el medio ambiente en sentido amplio, en la medida en que el primero se inserta de forma incontrolada e irreversible en la cadena trófica y el segundo es capaz de destruir irremisiblemente cuando se halle bajo su radio de acción. Tal vinculación se ha extendido a la capacidad de los medios que se utilicen para, en términos similares a como lo haría el veneno o los explosivos, no permitir seleccionar las especies objeto de la caza o pesca. Dicho de otro modo, tras la reforma no sólo se incluye en el tipo penal el empleo de medios destructivos para la fauna sino, asimismo, la de medios o instrumentos no intrínsecamente destructivos pero sí capaces de generar daños colaterales”.

Conforme a lo anterior, entiende mayoritariamente el Tribunal que la nueva redacción del artículo 336 CP (aplicable al caso de autos, dado que los hechos se produjeron tras su entrada en vigor) debe conducir a una valoración jurídico-penal diferente de la que tradicionalmente se le ha venido dando en la jurisprudencia menor al empleo para la caza de lo que se denomina *liga* (supuestos que antes de la reforma de 2010 quedaban extramuros del derecho penal por carecer de una capacidad destructiva de la fauna similar a la que tienen el veneno y los explosivos), razón por la cual condena a los acusados de cazar utilizando “cola de rata” (modalidad de la caza con liga), “método no selectivo por cuanto cualquier tipo de ave puede engancharse a la liga y ser capturada, siendo su eficacia ‘no selectiva’ de proporción o entidad similar al veneno o a los explosivos hasta el punto de que no será posible controlar ni la clase ni el número de aves que un determinado momento pueden llegar a caer por efecto de la liga, resultando revelador que en el caso de autos los acusados utilizaran como reclamo un jilguero para que se acercaran pájaros similares (denominados científicamente pájaros ‘fringílicos’ como es el caso del jilguero, el pinzón común o el verderón) capturando sin embargo un ejemplar de ‘Bisbita común’ que pertenece a especie distinta, sin que el hecho de que

los cazadores estuvieren obligados a limpiar y liberar las aves de especies distintas a aquella que se quiere capturar que quedasen atrapadas por efecto de la liga, tenga entidad suficiente para poner en duda el carácter no selectivo de dicho método”.

Respecto de la hipotética aplicación al supuesto del tipo agravado previsto en el artículo 335.4 CP en lugar del recogido en el artículo 336 CP, la Audiencia Provincial parece decantarse por este último conforme a la regla de la alternatividad (artículo 8.4 CP), aclarando por lo demás que en tales casos no cabrá al propio tiempo aplicar la figura agravada del artículo 335.4 CP. En consecuencia, la Sentencia avalada por la mayoría de los magistrados califica los hechos como constitutivos de un delito contra la fauna del artículo 335.1 CP en concurso medial (artículo 77 CP) con un delito contra la fauna del artículo 336 CP, por lo que impone a los acusados las penas de multa de dieciséis meses (mitad superior de la prevista en el artículo 336 CP) e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar durante cuatro años (mitad superior de la prevista en el artículo 335.1 CP).

De otra opinión es el voto particular emitido en la misma Sentencia, el cual considera que “el tipo del art. 336 del Código Penal exige para el castigo del empleo de medios no selectivos por dicho precepto que éstos tengan un ‘plus’ de efectos devastadores con relación al empleo de otros medios no selectivos que no tengan tal eficacia”. Conforme a dicha interpretación, entiende el magistrado que la suscribe que los denominados “medios masivos” y “medios no selectivos” para la caza que se hallan enumerados en el anexo VII de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, integrarían la expresión típica contenida en el artículo 335.4 CP (“medios prohibidos legal o reglamentariamente”), por lo que el artículo 336 CP quedaría para el castigo por el empleo de medios no selectivos solo en aquellos casos en que tales medios poseyeran ese “plus” de efectos devastadores para la fauna. Sin embargo, tal y como señala el propio firmante del voto particular, dicha interpretación podría despojar de sentido a la reforma del artículo 336 CP llevada a cabo en 2010, en la medida en que “efectos devastadores” es una expresión equivalente a “eficacia destructiva”: “Ahora bien, tal objeción es interpretativamente fácil de salvar, ya que al ser tanto los ‘medios masivos’ como los ‘medios no selectivos’ medios prohibidos la no modificación del art. 336 del Código Penal podría hacer dudar que en caso de empleo de medios no selectivos de eficacia devastadora para la fauna, debiera canalizarse su castigo a través del art. 335 ap. 4 del Código Penal y no del art. 336, ya que es obvio

que cualquiera que fuera la precitada eficacia, devastadora o no, serían siempre ‘medios no selectivos’ y por tanto medios prohibidos, expresamente contemplados en el art. 335 ap. 4 del Código Penal y no contemplados de la misma manera expresa en el art. 336”. De acuerdo con dicha interpretación, el magistrado discrepante proponía condenar a los acusados por la comisión de un delito relativo a la caza, previsto y penado en el artículo 335.4 CP, con una pena de diez meses de multa e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar por tiempo de tres años y seis meses.