

JURISPRUDENCIA PENAL AMBIENTAL
(SEGUNDO SEMESTRE 2019)

MARIA MARQUÈS I BANQUÉ

Profesora colaboradora de Derecho Penal

Universitat Rovira i Virgili

NÚRIA TORRES ROSELL

Profesora agregada Serra Húnter de Derecho Penal

Universitat Rovira i Virgili

En memoria de nuestra amiga y compañera Elena Górriz

Sumario: 1. Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo. 2. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. 3. Delitos relativos a la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos.

1. DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

En materia de delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo cabe destacar cuatro sentencias relativas al delito urbanístico del artículo 319 CP y una sentencia relativa al delito de prevaricación urbanística del artículo 320 CP.

Con relación al artículo 319 CP, la SAP de Badajoz (Sección 3ª) núm. 97/2019, de 12 de junio, puede considerarse un buen ejemplo de doctrina jurisprudencial consolidada con relación a este delito. La sentencia se refiere a la construcción de una vivienda en una parcela ubicada en "suelo no urbanizable no protegido", cuyo único uso permitido era el agrícola, ganadero, cinegético y forestal. Tal y como refiere la sentencia, conforme esta calificación jurídica del suelo la construcción realizada sobre el mismo no estaba autorizada ni era autorizable en el momento de la ejecución pues ni la parcela tenía la extensión mínima para edificar en ella, ni existía en ella una explotación agrícola o ganadera a la que vincular el destino de la construcción, no siendo autorizable en el momento de dictarse la sentencia con la normativa que le resultaba de aplicación. En segunda instancia, la Sala acuerda dejar sin efecto la medida de demolición de la obra acordada en primera instancia, si bien confirma la condena por un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 CP a la pena de un año y siete meses de prisión, catorce meses de multa con cuota diaria de seis euros e inhabilitación especial para la profesión u oficio de promotor y constructor por tiempo de un año y seis meses.

Con carácter previo a la resolución de los motivos de apelación, la Sala quiere hacer especial hincapié en la jurisprudencia sobre algunas cuestiones específicas de este delito. En este sentido, con relación al bien jurídico protegido, recuerda que el Tribunal Supremo considera que "así como en el delito ecológico (art. 325) no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente, en el delito "urbanístico" no se tutela la normativa urbanística - un

valor formal o meramente instrumental - sino el valor material en la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de 'utilización racional del medio orientada a los intereses generales' (arts. 45 y 47 CE), es decir de utilización racional como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata así de un bien jurídico comunitario de los denominados 'intereses difusos', pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica - en mayor o menor medida - a toda una colectividad".

Con relación al concepto de "autorizable", la Sala se remite a dos sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, que descartan la interpretación de este elemento como el acontecimiento futuro e incierto de que algo llegue a legalizarse: "Lo que hoy no tiene encaje legal puede tenerlo en el devenir, con lo que nunca se estaría ante la infracción penal, y quedaría siempre abierto el camino hacia el fraude, para lo que bastaría aducir en cascada motivos para la posibilidad de legalización, con el cuidado de no introducirlos todos juntos, de suerte que pretendido uno, y llegada la denegación, se eche mano de otro disponible, y así sucesivamente. Por su parte, autorizable es lo que es susceptible de ser autorizado, cuestión que hay que ventilar con lo que hay, no con lo que pueda haber no se sabe cuándo, con atención no a meros defectos de escasa trascendencia y subsanables, que hagan posible la convalidación sin más, como pudiera ser el pago de lo que correspondiera en mérito de una carga impositiva, sino al fondo, de manera que la disyuntiva es tajante y excluyente, esto es, o se puede autorizar o no se puede".

De acuerdo con este criterio, en el caso enjuiciado se considera que la posibilidad de legalización es genérica, futura e incierta, por lo que la obra debe calificarse como "no autorizable". Resulta relevante señalar que la Sala aporta criterios para valorar la temporalidad de lo que cabría aceptar como "autorizable": "Cabe admitir que la inserción del inciso 'no autorizable' en el artículo 319.1 tras la modificación operada por la ley 5/2010 no está exenta de polémica en su interpretación y que introduce alguna posible confusión, pero lo que no podemos admitir es que la eventual autorizabilidad se extienda de forma indefinida; a lo sumo podría admitirse que sea autorizable cuando, no estando autorizada cuando se consuma la infracción, se autoriza en el curso del proceso (penal) o sea previsible, por actos concluyentes, que lo sea en una

fecha posterior cercana a la celebración del juicio o en un plazo razonable, lo que en el presente caso no se ha acreditado en modo alguno, por cuanto no sólo no consta se haya intentado la legalización, sino que no hay ni hay previsión de que ello vaya a suceder”.

La defensa alega, en el recurso de apelación, la prescripción del delito. La defensa entiende que ésta concurre al haber transcurrido más de cinco años desde que el inmueble existía. Se alega en este sentido que la vivienda existía ya en el año 2003 y que lo único que había hecho el acusado era reformarla. El motivo es desestimado por no haberse acreditado suficientemente la existencia de una construcción previa y habitable. Aunque la sentencia no analiza de forma expresa la consumación en este delito, del rechazo de este motivo por una cuestión estrictamente probatoria, cabe inferir que la Sala entiende que ésta se produce en el momento en que la vivienda es habitable, con lo que cabría sostener la inexistencia de delito en el supuesto de obras de rehabilitación.

Otro motivo de apelación desestimado por la Sala es la concurrencia de un error invencible de prohibición en el acusado, que habría ignorado el carácter ilícito de la construcción “máxime cuando existen alrededor un gran número de construcciones, en lo que constituye todo un núcleo de población, con existencia de luz, agua, recogida de basuras y hasta la presencia en la zona de un alberque municipal y un complejo de turismo rural”. La Sala argumenta la desestimación sobre la base de hechos y de consideraciones jurídicas. Los hechos son 1) que las otras construcciones eran obras ya terminadas, mientras que la de autos estaba en construcción y era posterior a la normativa prohibitiva de 2011, 2) que el propio acusado en juicio señala que la recogida de basuras ya no existía, 3) que se constata que ya no había agua corriente y 4) que, si bien había luz, no había alumbrado público. Las consideraciones jurídicas son las propias del error de prohibición. La Sala recuerda la más que consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia y, sobre la base de la misma, concluye que “no puede entenderse que concurra error de prohibición en este caso en el acusado, por la sencilla razón de que a cualquier persona le resulta evidente que para realizar cualquier tipo de construcción de esas características se necesita licencia, que no consta en modo alguno

solicitar el acusado” (en el mismo sentido, la SAP de Murcia (Sección 3ª) núm. 125/2019, de 5 de abril, también correspondiente al periodo de esta crónica).

Más singular resulta la alegación, por parte de la defensa, de la vulneración del principio de igualdad, sobre la base de la existencia de una sentencia absolutoria relativa a una obra en una parcela colindante. En este sentido, como no podría ser de otra manera, la Sala afirma que “el hecho de que existan sentencias contradictorias sobre asuntos que, aun relacionados, pueden contar con pronunciamientos diversos y aun contradictorios, no vulnera per se el principio de igualdad que se invoca, pudiendo ser corregidas en cambio en virtud de los recursos como el que ahora precisamente se ejercita. Una cierta unificación doctrinal es deseable cuando de supuestos similares se trata, pero no significa que haya de partirse del pronunciamiento absolutorio del otro procedimiento prescindiendo de la prueba y alegaciones vertidas en este otro, único que es objeto ahora de recurso y fue de enjuiciamiento. Pues evidentemente el juzgador ha sentenciado conforme a lo alegado y probado por las partes. Lo que no puede pretenderse es aplicar a esa sentencia absolutoria una especie de efecto positivo o prejudicial de cosa juzgada sobre este proceso, limitando así las facultades de apreciación de esta Sala”.

La última cuestión que cabe destacar de esta sentencia es la relativa a la demolición de la obra, acordada en la sentencia de instancia conforme al artículo 319.3 CP y que la Sala deja sin efecto en apelación. La defensa alega la innecesariedad de la demolición, puesto que la construcción se encuentra en “un auténtico núcleo de población, siendo este uno de los supuestos contemplados por el Tribunal Supremo como de no conveniencia de aplicación de esta medida”.

La Sala parte de la jurisprudencia que incide en el carácter facultativo de la demolición de la obra, así como en su naturaleza de consecuencia jurídica del delito “en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el art. 110 CP”. En concreto y sobre la base de referencias jurisprudenciales, la Sala asume la tesis que, en el contexto de núcleos consolidados de población, “no es lógico ni comprensible acordar judicialmente la demolición de una construcción en concreto pues con ello sólo se causaría un perjuicio innecesario y ningún

beneficio concreto al bien jurídico a proteger de escasas, por no decir, nulas perspectivas de recuperación”.

Con relación a la medida potestativa de la demolición y el efecto que sobre la misma tiene la legalización posterior de la obra, cabe comentar la SAP Cáceres (Sección 2ª) núm. 121/2019, de 17 de mayo. La sentencia se refiere a una obra que, al tiempo de cometerse el delito, fue considerada “no autorizable” “al faltar un requisito esencial como era el de ubicarse sobre una parcela cuya superficie no alcanzaba la correspondiente a una unidad rústica apta para la edificación, por lo que, tratándose de una construcción que se realizaba en un terreno no urbanizable, la conducta del acusado reunía todos los elementos que conforman el delito tipificado en el artículo 319.2 del Código Penal”.

Sin embargo, la obra fue posteriormente legalizada al adquirir más terreno el acusado. La Sala considera que debe descartarse la demolición por aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual “siendo la demolición la regla general en la medida en que constituye la forma natural de restaurar el bien jurídico que ha sido vulnerado por el delito, admite como excepción, al margen de los supuestos de mínimas extralimitaciones o de leves excesos que no desnaturalicen una previa autorización de la obra, los supuestos de posteriores modificaciones de los instrumentos del planeamiento que hagan ajustada a la norma la edificación o construcción, supuesto al que es equiparable la obtención de la licencia por posterior adquisición de una superficie de terreno mayor, suficiente para edificar”.

Es importante aclarar que la Sala atribuye efectos a la legalización posterior de la obra únicamente con relación a la medida de demolición de la misma, manteniendo la condena por el delito del artículo 319.2 CP, si bien también hay que señalar, que en esta sentencia se rebaja la extensión de las penas impuestas en instancia por considerar que eran “excesivas para las circunstancias del hecho”.

La SAP de Murcia (Sección 3ª) núm. 125/2019, de 5 de abril, citada más arriba a propósito del error de prohibición, aborda otra cuestión clásica en la aplicación de este delito, cual es la condición de promotor como sujeto activo, confirmando jurisprudencia consolidada: “la legislación se limita a tomar la

figura del 'promotor' de la realidad preexistente; no se trata de un vocablo técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente, de manera que, en el ámbito del art. 319.2 (igualmente cabe decir en el campo del art. 319.1) 'será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación'".

La última sentencia a comentar relativa al artículo 319 CP es la SAP de Sevilla (Sección 1ª) núm. 147/2019, de 4 de abril. Los hechos probados se refieren a una construcción destinada a vivienda (casa prefabricada) no autorizada en suelo clasificado como no urbanizable de carácter natural o rural. Se añade que las obras eran incompatibles con la normativa urbanística de la localidad, no existiendo iniciativa municipal alguna dirigida a legalizar las construcciones individuales o asentamientos urbanísticos ilegales sites en ese paraje. La principal cuestión planteada en la sentencia vuelve a ser la relativa a la demolición de la obra. En este caso, la Sala desestima el recurso de apelación y confirma la demolición acordada en la sentencia de instancia, poniendo énfasis en la idea ya referenciada más arriba de que "la demolición de lo indebidamente construido es la regla general como forma específica de restaurar el orden jurídico violado". Esta sentencia tiene particular interés en Andalucía al proporcionar criterios sobre cuándo corresponde o no acordar la demolición de la obra, de acuerdo con el marco jurídico autonómico aplicable a la regularización o legalización de las edificaciones ilegales aisladas y de uso residencial que se sitúan en parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable.

Con relación al artículo 320.2CP destaca la STS 249/2019, de 3 de junio, por la que se confirma una parte sustancial de la STSJ de Canarias de 11 de octubre de 2017, si bien se estima también parcialmente el recurso de casación interpuesto por las representaciones de dos de los imputados a quienes el Tribunal Supremo absuelve del delito de prevaricación del artículo 404 CP al que, junto al delito del art. 320.2 CP fueron condenados en instancia. Las penas a las que se condena a los ocho acusados, entre ellos la alcaldesa, secretario, concejales y técnicos municipales del municipio de Yaiza, perteneciente al Cabildo insular de Lanzarote, son penas privativas de

derechos consistentes en la inhabilitación para el ejercicio de cargo representativo de carácter municipal o bien para el ejercicio de función pública, ya sea como secretario municipal o como técnico, así como penas de multa. En el caso de los acusados a quienes se estima en parte el recurso de casación, a la sazón el exsecretario de ayuntamiento y un técnico municipal, la pena se reduce de los catorce a los siete años de inhabilitación, puesto que se procede a absolver del delito de prevaricación del art.404 CP, si bien se mantiene el delito contra la ordenación del territorio del 320 CP. Entre las cuestiones planteadas en el recurso al Tribunal Supremo cabe mencionar, en primer lugar, las alegaciones relativas a la incorporación en el relato de hechos de la Sentencia recurrida de conceptos que, dado su carácter jurídico, podrían haber predeterminado el fallo. A este respecto la Sala admite que las expresiones apuntadas por los recurrentes constituyen efectivamente conceptos que requieren de conocimientos de derecho ajenos a una cultura general media, y ello puesto que los tipos penales analizado contienen una norma penal en blanco que obliga a acudir a disposiciones administrativas reguladoras de la actividad. Sin embargo ello no determina que los conceptos contaminen el relato fáctico, pues aun prescindiendo de las expresiones de significación jurídica, la redacción de los hechos continua siendo apta para sustentar la calificación legal alcanzada. En segundo lugar, la defensa de uno dos de los acusados se construye en base a la idea que, dada la naturaleza como delito especial propio del delito de prevaricación del art. 404 CP, y en cuanto secretario de Ayuntamiento, no podía ser acusado como cooperador necesario de este delito por no tener competencia necesaria para adoptar una resolución administrativa como la que el tipo requiere y que en el caso resultaba necesaria para acordar la apertura del expediente de licencia de actividad clasificada. Por su parte, la defensa de otro de los acusados, técnico municipal, acoge el planteamiento del voto particular de la sentencia del TSJ de Canarias, en el que se recoge que este técnico elaboró los informes en relación con los documentos aportados, sin que pudiera conocer, por no constar en las actuaciones, que los planos y proyectos excedían de las dimensiones de una bodega, cuya rehabilitación, junto a la de la vivienda y almacén contiguos, era urbanísticamente lícita por estar doblemente autorizada, tanto por el Gobierno de Canarias como por el propio Ayuntamiento mediante la licencia de obra en

su día otorgada. El voto mencionado particular se refería también a la imposibilidad de concluir técnicamente, a partir del examen del proyecto, que se tratara de una industria vitivinícola y no de una mera bodega, que sí hubiera resultado permitida por el PGOU, por lo que el informe emitido por el técnico no era groseramente contrario a derecho y sin que conste, tampoco, la concurrencia del elemento volitivo.

La Sala establece que “para que pueda apreciarse prevaricación administrativa, no basta la mera ilegalidad a este respecto. No existen estos delitos cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esta resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria. También es reiterada la doctrina sobre lo que debe entenderse por el contenido de la injusticia o arbitrariedad, que puede provenir tanto en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma esencial del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de lo resuelto”.

Y en base a ello la Sala admite que no existió discordancia patente, clara o grosera entre el actuar de los acusados y el ordenamiento jurídico en relación con la emisión de los informes remitidos por ambos acusados en el mes de agosto de 2005 y en sentido favorable a la iniciación del expediente. Por el contrario, la Sala considera que en relación con los informes emitidos en mayo de 2006 (informe técnico que con carácter preceptivo exige el artículo 16.b de la Ley 1/1998, que imponía en todo caso que se pronunciara sobre la adecuación del proyecto a la normativa urbanística de aplicación y a las ordenanzas municipales) y, posteriormente, en diciembre de 2008, los acusados ya eran conocedores de que no concurrían los requisitos necesarios que permitían informar favorablemente la solicitud de licencia de actividad. Y concluye así que “los Sres. Alexander y Higinio eran conscientes de la vulneración de lo prescrito por el PGOU de Yaiza y en el PIOT de Lanzarote, no obstante lo cual el primero nada hizo constar al efecto en el informe emitido con fecha 29 de mayo de 2006 y el segundo se limitó a señalar en la Junta de

Gobierno Municipal que todos los informes eran favorables, con plena conciencia en ambos casos de que actuaban al margen del ordenamiento jurídico, dando a la actividad para la que se solicitaba la licencia una apariencia de legalidad de la que claramente carecía, lo que sin duda habría de llevar a un resultado materialmente injusto, esto es, a la aprobación de la licencia de actividades, como realmente aconteció”. Por todo ello el Tribunal Supremo sostiene que la conducta resulta subsumible en el artículo 320.1 del Código Penal y mantiene la condena en relación con este delito.

2. DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

En el periodo temporal de referencia de esta crónica (abril-octubre de 2019), no hay sentencias relativas a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente o, por lo menos, no se encuentran todavía disponibles en las bases de datos de jurisprudencia. Es por esta razón que comentaremos dos sentencias de especial interés, no incluidas en la última crónica por no estar entonces disponibles.

La primera sentencia es la SAP de Madrid (Sección 16ª) núm. 156/2019, de 11 de marzo, que condena por un delito del artículo 326.1 CP, relativo a la gestión de residuos, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 13 meses con cuota diaria de 6 euros e inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la gestión y eliminación de residuos por tiempo de 20 meses.

Los hechos probados refieren la existencia de una gran cantidad de neumáticos fuera de uso en una parcela del acusado, acumulados durante más de diecisiete años. Se declara probado que “1.500 metros cuadrados de la parcela estaban ocupados por neumáticos usados, que se apilaban de forma irregular, con alturas variables entre 0'80 metros y tres metros, sin calles de separación, sin medidas anti incendios, sin tener autorización alguna municipal, ni de ningún tipo, estando dichos neumáticos mezclados con abundante vegetación de pasto, zarzas, lo que conllevaba un considerable aumento de la probabilidad de ignición y propagación de un incendio forestal en las

inmediaciones, así como un significativo incremento de la dificultad de extinción del mismo". Se afirma que, de haberse producido un incendio, se habrían generado daños sustanciales en la calidad del aire, con riesgo incluso para la salud de las personas, para la vegetación y para la fauna. Los hechos habían sido susceptibles de dos expedientes sancionadores administrativos, sin que el acusado pagara la multa impuesta ni retirara los neumáticos en ninguna de las dos ocasiones, por lo que fue finalmente la Comunidad Autónoma la que procedió a la retirada.

La primera cuestión que aborda la Sala es la determinación de la ley aplicable, pues los hechos se desarrollaron bajo la vigencia de dos códigos penales, entre el año 2000 y el año 2017. En este sentido, la Sala afirma que nos hallamos ante un delito permanente, consistente en el establecimiento y mantenimiento de un depósito ilegal, irregular y peligroso de neumáticos fuera de uso durante, al menos, diecisiete años. Puesto que el depósito cesó en 2017, cuando la Comunidad Autónoma de Madrid, a su propia costa, retiró los neumáticos y limpió la zona, la Sala considera que los hechos deben castigarse conforme la legislación vigente "en el momento del hecho", es decir, con la legislación vigente tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015. La referencia al "momento del hecho" como determinante de la ley aplicable, resulta algo confusa. Entendemos que se refiere al momento de finalización del acto.

Con relación a los elementos típicos del delito, una vez probada la existencia de un depósito ilegal, la Sala se centra en el tercer requisito, cual es "que se causen o se puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o a plantas, muerte o lesiones graves a personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales". En este sentido, la Sala señala "que el legislador no exige la existencia de un daño sustancial en la calidad del aire, sino la posibilidad de que cause tal daño, es decir se configura como un delito de riesgo. No se exige, cumulativamente, riesgo para la calidad del aire, para la calidad de las aguas o del suelo o para animales o plantas o para las personas, sino que -y por ello emplea el legislador la conjunción "o"-, basta la mera constatación del riesgo sustancial, en este caso concreto, en la calidad del aire o de uno de los elementos citados". El delito se considera de riesgo hipotético o potencial.

Al respecto, debe recordarse que el delito acoge tanto la modalidad de peligro como la de lesión. Que el legislador no exija el daño, no excluye del tipo aquellos supuestos en que el daño efectivamente se produzca. El despropósito que, en términos de principio de proporcionalidad, supone la equiparación de penas entre peligro y lesión, ha sido ya puesto de manifiesto por la doctrina.

En el caso concreto, se considera acreditado el peligro del depósito por el elevado riesgo de incendio del mismo. En efecto, se admite que “el depósito de neumáticos en sí no produce un riesgo significativo, pues se trata de un residuo no peligroso, pues tratándose de un residuo estable, si no se descompone, no genera emisiones a la atmósfera, al suelo, no se puede filtrar a las aguas”, si bien se declara acreditada la gravedad potencial de los daños producidos por tal residuo en caso de incendio y que, en el caso enjuiciado, el riesgo de incendio era elevado, “precisamente por las condiciones del depósito, de las que era directamente responsable y consciente el acusado y no sólo porque objetivamente es así, sino porque fue requerido, al menos, en dos ocasiones, por la autoridad administrativa para que eliminara el depósito e hizo caso omiso, obligando a la administración a la limpieza del lugar por sus propios medios”.

A partir de aquí, parece que la Sala incurre en un error cuando invoca el artículo 326.2 CP: “Estima este Tribunal, que no puede aplicarse el tipo penal del artículo 326.2, párrafo segundo del CP, tal y como solicitó el Ministerio Fiscal al elevar a definitivas sus conclusiones. El legislador prevé en dicho precepto un subtipo penal agravado en los siguientes términos: *‘Si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado’*. Como hemos explicado ampliamente, tal riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, con carácter objetivo concurriría, en caso de incendio del depósito. Ahora bien, el Ministerio Fiscal no contempló en su escrito de conclusiones provisionales, ni dicha agravación específica en su calificación jurídica, y, lo que es más importante, tampoco introdujo en su narración de hechos en dicho escrito de conclusiones provisionales, elemento fáctico alguno que apuntara a dicha agravación específica. Fue justamente al hilo de las cuestiones previas, cuando, con dicho carácter previo al acto del juicio oral,

introdujo la coletilla: *"que lo anterior conlleva peligro de muerte y lesiones graves a las personas y al equilibrio de los sistemas naturales en caso de incendio de los neumáticos acumulados"*.

El texto de la agravación específica corresponde, en realidad, al artículo 325.2, segundo párrafo CP. El artículo 326.1 CP, de forma algo confusa, se remite a las penalidades del artículo 325 "en sus respectivos supuestos", obligando a hacer un paralelismo entre los resultados típicos del artículo 325 y 326.1 CP que no se corresponde totalmente. Así, mientras el artículo 325 agrava la pena cuando se crea "un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas", el artículo 326.1 CP prevé como uno de los posibles resultados típicos que se cause o pueda causar "muerte o lesiones graves a las personas", lo cual no es lo mismo, con lo que cabría preguntarse si, llegado el caso, no estaríamos ante un supuesto de aplicación analógica de la ley penal. Hecha esta precisión, también es oportuno subrayar que no merece ninguna crítica, todo lo contrario, el hecho de rechazar una agravación específica por entender que, habiéndose introducido en el mismo acto de juicio oral, vulneraría el principio acusatorio por indefensión.

Una última cuestión -en absoluto anecdótica- que cabe comentar sobre esta sentencia, es la relativa al ámbito de aplicación de las circunstancias agravantes del artículo 327 CP. El Tribunal considera "que no concurre el tipo penal agravado del artículo 327 b) del CP y ello porque dicho tipo penal agravado, consistente en desobedecer las órdenes expresas de la autoridad, se refiere, como expresamente recoge el tenor literal de dicho precepto, a las *'actividades tipificadas en el artículo anterior'*, es decir a las del artículo 326 bis CP y no a las del artículo 326 CP, por el que se va a condenar al acusado. Ello pese a que, como hemos indicado, sí que existe un claro desacato a las órdenes emitidas por la autoridad administrativa y además en dos ocasiones".

Al respecto cabe recordar que la reforma de 2015 reubicó en el artículo 327 CP las agravantes específicas. Como tuvimos entonces oportunidad de poner de manifiesto, el vigente artículo 327 CP es expresión del mal quehacer legislativo. La reubicación sistemática del antiguo artículo 326 CP y del contenido del antiguo artículo 328.7 CP en el vigente artículo 327 CP y la inclusión de una

referencia a los tres artículos anteriores al inicio del precepto, no fue debidamente acompañada de una adecuada revisión del redactado de todo el artículo, que con anterioridad a la reforma de 2015 se refería exclusivamente al artículo anterior (325 CP). Como consecuencia de ello, el artículo 327 CP incorpora una absurda contradicción (referencia primero a los tres artículos anteriores y, seguidamente, únicamente a las conductas del artículo anterior) que debería ser enmendada por el legislador. Pensábamos entonces, que hasta que la corrección formal no se produjera, el error sería matizado por la jurisprudencia a la primera oportunidad, puesto que la inclusión expresa de una referencia a los tres artículos anteriores en el precepto, evidencia la voluntad legislativa y el carácter de mero error de la no adecuación de la segunda referencia únicamente al artículo anterior. En lugar de ello, la sentencia comentada considera inaplicable la circunstancia agravante del artículo 327 b) CP a las conductas del artículo 326 CP, sin poner de manifiesto la contradicción existente en el propio precepto ni recurrir a la interpretación histórica y sistemática para solventarla adecuadamente, sin quebranto del principio de legalidad.

La segunda sentencia a comentar es la SAP Badajoz (Sección 3ª) núm. 17/2019, de 6 de febrero, por la que se absuelve a los dos acusados (Concejal de Medio Ambiente y funcionario público de un Ayuntamiento respectivamente) de un delito continuado de prevaricación ambiental del artículo 329.1 CP, en relación con el artículo 74.1 CP y, subsidiariamente, de un delito continuado de prevaricación del artículo 404 CP, en relación con el artículo 74.1 CP, en la redacción anterior a la reforma de 2015.

Los hechos descritos por la acusación se referían a la no tramitación, por parte de los acusados, de las denuncias por ruido de los vecinos del inmueble en el que estaba ubicado un local de ocio y la no incoación de expediente alguno tras la recepción de las mismas.

La sentencia descarta, en primer lugar, la posible apreciación en el caso concreto de la continuidad delictiva, cualquiera que fuera el tipo penal aplicado (art. 329 o art. 404 CP), "pues imputándose a los acusados la comisión de un delito de prevaricación por omisión, éste se vertebra, por definición, por una

plural inactividad, de suerte que el delito se integra por una pluralidad de omisiones (entre otras, STS núm. 244/2015, de 22 de abril)".

A continuación, la Sala descarta la aplicación del art. 329.1 CP porque la modalidad típica imputada por el Ministerio Fiscal en su informe final es la de "silenciar la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general con motivo de inspecciones", cuando, en realidad, se está ante un supuesto de "ausencia de actuación alguna, y por ello, de inspección alguna en la que se hubiera apreciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general, que, como refiere el precepto, se silencie". En esta línea de lo que parece ser una crítica al Ministerio Fiscal, añade, de forma más discutible, que "las conductas descritas en el artículo 329.1 CP solo pueden tener efecto mediante la dotación de contenido que necesariamente nos remite al artículo 325 CP, y sobre este delito no podemos pronunciarnos, pues no es objeto de acusación, y por ende, de enjuiciamiento en la presente causa".

A tenor de la Sala, los hechos podrían ser, por consiguiente, constitutivos de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, en modalidad de comisión por omisión. Sin embargo, la Sala absuelve a los acusados por entender que la prueba practicada no es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. La prueba refiere un escenario de ausencia severa de coordinación y organización en el Ayuntamiento, por lo que resulta imposible acreditar el conocimiento que podía tener la Concejala de Medio Ambiente de las denuncias o las competencias del segundo acusado con relación a la tramitación de las mismas, una vez suprimido el servicio municipal que las tramitaba en el pasado.

Es por todo ello que, de forma algo insólita, la Sala termina afirmando: "ciertamente es lamentable la inactividad del Ayuntamiento ante las denuncias de los vecinos, denuncias que cayeron en saco roto hasta que intervino un Juzgado de Instrucción, es lamentable la falta de organización y control en el mismo, sin sello de entrada de oficios y denuncias, elaborándose informes cuya notificación no consta a los interesados, donde quien entiende no es competente no remite formalmente esas denuncias a quien entiende lo es, donde quien lo es no se preocupa de por qué no le llegan esas denuncias, y

por último, porque cuando se llega al gobierno municipal se desmantela por el nuevo equipo un Servicio como era la Unidad Administrativa Instructora, que contaba con un Jefe de Servicio, un asesor jurídico, un asesor o apoyo técnico, y un Jefe de Negociado como apoyo administrativo, cuya función era precisamente el control y sanción de un problema tan grave y que tanto afecta a los ciudadanos como es el ruido, la contaminación acústica, y que ya se indicaba insuficiente con dicho personal”.

3. DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA, LA FAUNA Y LOS ANIMALES DOMÉSTICOS

En cuanto a los delitos relativos a la flora y la fauna destaca en el periodo de referencia de esta crónica la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº2 de Pamplona 126/2019, de 30 de abril, que condena por un delito contra la fauna con envenenamiento. Se trata de una sentencia especialmente relevante por diversos motivos. En primer lugar porque resuelve el caso que involucró la muerte por envenenamiento de una gran cantidad de aves en el año 2012 en los cotos de caza de Tudela y Cintruénigo (Navarra). En segundo lugar, porque hace responsables de los hechos a tres individuos estrechamente vinculados a sociedades de cazadores de la región, y admite que la colocación del veneno fue llevada a cabo bajo las órdenes y supervisión de los presidentes de sendas asociaciones de cazadores y ello con el objetivo de eliminar depredadores de especies susceptibles de caza en dichos cotos, fundamentalmente, la perdiz y la liebre. En tercer lugar, porque admite la calificación de los hechos como dos delitos de los artículos 336 y 338 CP que, junto con la apreciación de diversas circunstancias agravantes concurrentes en el supuesto, comporta la aplicación de penas de dos años y ocho meses de prisión. Junto a esta pena de prisión, se condena también a una pena de inhabilitación especial de cinco años y cuatro meses, además de una cuantía relevante en concepto de responsabilidad civil y medidas adicionales para la restauración del equilibrio ecológico perturbado. Finalmente, la sentencia es relevante porque incorpora en el ejercicio de la acusación particular a la Comunidad Foral de Navarra y a ONGs como SEO-Birdlife, WWF-España y Ecologistas en Acción. La sentencia recoge textualmente en el fundamento jurídico segundo parte del estudio presentado por la acusación particular, donde se indica que se trata de “un

hecho gravísimo y sin precedentes por su magnitud desde el punto de vista de la conservación de especies amenazadas” y que “la cifra de aves encontradas muertas ya por sí solas suponen el mayor caso de envenenamiento de especies protegidas conocido en España y en toda Europa desde que existen registros sobre el efecto de estas prácticas ilegales”.

Los hechos probados de la sentencia reconocen que entre el 8 de abril y el 23 de julio de 2012 los guardas forestales de Tudela recogieron muertas en los cotos de caza de tal término hasta 117 aves rapaces (108 milanos negros, 4 milanos reales, 2 buitres leonados, 1 alimoche, 1 aguilucho lagunero y 1 busardo ratonero) y 4 cuervos. Varias de las aves aparecieron en espacios naturales protegidos y todas las rapaces envenenadas están incluidas en el Listado de Especies silvestres en régimen de protección especial y del Catálogo español de especies amenazadas. La causa de la muerte fue en todos los casos, salvo el de un milano negro que murió por un insecto, el envenenamiento con las sustancias fentión y demetón S-metil, ambas prohibidas en España desde hace años. Tales sustancias fueron colocadas en acciones repetidas durante al menos tres meses en el dormitorio de milanos.

La sentencia establece que el número de aves encontradas muertas supone una repercusión ambiental muy considerable en la población del sur de Navarra, teniendo en cuenta que probablemente murieron más ejemplares de los localizados; que las fechas en que se sucedieron los envenenamientos coincidían con el periodo de reproducción del milano negro y del alimoche, por lo que la muerte de algunos animales pudo repercutir en la de los pollos que estuvieran criando o en la no eclosión de los huevos; y que tras los procesos de envenenamiento el ecosistema se empobrece en grandes predadores como las rapaces, que tienen poca capacidad de recuperación tras soportar perturbaciones. En una muestra de profunda sensibilidad ambiental afirma el texto de la sentencia “El ecosistema en su conjunto tiende con ello a empobrecerse: solo una evolución lenta devuelve al cabo de años la situación al grado ecológico de complejidad y riqueza primitivo”.

El juez rechaza en el Fundamento jurídico primero las tres cuestiones previas planteadas por las defensas: la nulidad de las escuchas telefónicas autorizadas

por el Juzgado de instrucción; la nulidad como prueba de unas migas de pan halladas en una nave de la Sociedad de cazadores de Cintruénigo, y la ruptura de la cadena de custodia de objetos intervenidos por la Policía Foral en los registros.

En el fundamento jurídico segundo la sentencia da por probada la muerte por envenenamiento de las aves. Establece, en este sentido, que ya desde un primer momento los guardas forestales aplicaron el protocolo por posible envenenamiento al apreciar indicios al respecto (los animales tenían las garras recogidas y posturas anormales, olor químico en los animales, aparición de restos cárnicos a modo de cebo en un pinar utilizado como dormitorio por las rapaces; falta de heridas externas en los animales, mortalidad acaecida en un entorno geográfico muy reducido siendo aves de largos vuelos, y mortalidad 13.000 veces superior a la natural).

Respecto de la autoría de los hechos, la sentencia admite que la acreditación de la comisión de delitos en el medio natural resulta generalmente difícil (“se buscan condiciones de soledad, que el medio proporciona con facilidad y resulta muy complicado efectuar seguimientos policiales”). Sin embargo, según la sentencia, las conversaciones telefónicas mantenidas entre los acusados y para las que obtuvo autorización de intervención, escucha y grabación, no deja lugar a dudas. Concluye la sentencia que si bien los brazos ejecutores eran los guardas de caza, ello fue a resultas de una planificación por la dirección de las sociedades gestoras de cuatro cotos.

En lo que atañe a la calificación jurídica de los hechos, se considera que estos son constitutivos de dos delitos relativos a la protección de la fauna. En primer lugar, un delito del art. 334.1CP, en la redacción anterior a la LO 1/2015. La modificación legal no altera el sentido de la sentencia puesto que la acción que permite considerar realizado el tipo es la de cazar, para cuya conceptualización se acude a la definición contenida en la Ley Foral 17/2005 de caza y pesca de Navarra. El objeto material sobre el que recae la acción son “especies amenazadas”, en las que se hallan las aves envenenadas. La actual referencia a “especies protegidas de fauna silvestre” contenida en la LO 1/2015 conduce al mismo resultado. La sentencia aprecia además en este caso la concurrencia

de una agravante por tratarse de especies en peligro de extinción (art. 334.2 CP) así como la afectación a un espacio natural protegido (338 CP)

En segundo lugar, se califican también las conductas como constitutivas de un delito del art. 336 CP en la modalidad de empleo de veneno para la caza. El delito se configura como de simple actividad, pues no requiere que el sujeto activo se cobre alguna pieza, adelantándose la barrera de protección atendiendo a la potencialidad lesiva de los medios empleados, respecto de lo previsto en el art. 334 y 335 que sí exigen “cazar”. Se parecía también en este caso la agravante de notoria importancia (art. 336CP) y la afectación de espacio natural protegido (338).

En relación con la concurrencia de ambos delitos, la sentencia rechaza la continuidad delictiva apuntada por las acusaciones particulares por considerar que existe unidad de acción y que además el bien jurídico protegido en estos delitos es la fauna en general y no cada una de las aves cazadas. Se decanta entonces la sentencia por un concurso ideal del art. 77.1 CP que en la conjunción de todas las agravantes admitidas para cada uno de los delitos que integran el concurso y la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, conduce a la aplicación de la pena de prisión de dos años y ocho meses y una pena de inhabilitación especial para la gestión del aprovechamiento cinegético de cotos de caza, para el oficio de guarda de caza y para el ejercicio del derecho a cazar. El juzgador razona también frente a la posibilidad de aplicación alternativa de una pena de multa, la elección de la privación de libertad en atención a la extrema gravedad de los hechos.

El cómputo de la responsabilidad civil se efectúa atendiendo a indemnización a la Comunidad Foral de Navarra por las aves fallecidas y por los gastos derivados de la investigación de los hechos. Además la sentencia establece medidas para restaurar el equilibrio ecológico perturbado consistentes en el establecimiento de seis comederos con comida suficiente para el consumo de las rapaces, en una zona de cinco kilómetros alrededor del dormidero de las rapaces, así como el marcaje por radio seguimiento terrestre de varios animales de las especies afectadas de cara a monitorear la evolución de su recuperación.

La SAP de Barcelona (sección 10) 472/2019, de 16 de julio, estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y revoca, en consecuencia, parcialmente la sentencia del Juzgado de lo penal nº13 de Barcelona, por la que se condenó al acusado por un delito contra la fauna protegida, concurriendo la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a una pena de seis meses de multa. El acusado había sido sorprendido en noviembre de 2013 por Agentes rurales practicando la caza de pájaros silvestres empleando para ello varas pequeñas de caña impregnadas de sustancia pegajosa. En el momento de ser sorprendido el acusado había logrado capturar un ejemplar vivo de jilguero.

La sentencia contiene dos cuestiones relevantes. En primer lugar, admite el argumento del Ministerio Fiscal relativo a la concurrencia de infracción respecto del art. 335.1 y .4 CP por cuanto la normativa administrativa sectorial sí prohíbe la caza del jilguero (*carduelis carduelis*) por tratarse de una especie protegida en el Texto refundido de la Llei de Protecció dels Animals de Catalunya (Decret legislatiu 2/2008, de 15 de abril) a pesar de haber quedado excluido del Decret Llei 2/2011 de modificación del mentado Texto refundido y dado que ni la Llei de Protecció dels Animals ni la Directiva 2009/147/CE relativa a la conservación de las aves silvestres, permiten reducir el listado sino sólo ampliarlo, siendo de aplicación preferente la normativa comunitaria al respecto. El Ministerio Fiscal recurre la absolución por el art. 335.1 y .4 señalando que en la sentencia apelada “no se distingue entre la atipicidad de una caza autorizada que en determinadas condiciones se prohíbe y la tipicidad de una caza prohibida que en determinadas condiciones se autoriza”, pero prosigue que la interpretación de las excepciones ha de limitarse a lo estrictamente necesario y sin que, por lo tanto, la autorización excepcional para la caza de aves fringílicas elimine la prohibición de su captura. En efecto la creación de un régimen excepcional para la autorización de las capturas de jilgueros se limitó al año 2011, siendo que la captura seguía estando prohibida y más en un caso como el enjuiciado en que el acusado carecía de dicha autorización. La Sala acoge la tesis del recurrente y condena por el delito del art. 335.1 y .4 a una pena de 20 meses de multa.

La segunda cuestión que plantea la sentencia de la Audiencia es la relativa a la clase de concurso que deba establecerse entre los arts. 335 y 336 por los que se condena al acusado. En este sentido, la Sala rechaza la tesis del concurso medial planteada por el ministerio fiscal y, si bien inicialmente apunta a su valoración como concurso ideal de delitos por entender que un mismo hecho tiene encaje en dos delitos diferentes (el acusado “llevó a cabo una captura de aves fringílicas expresamente prohibida, y además lo hizo empleando los medios comisivos a que se refiere el art. 336 del CP, sin estar legalmente autorizado), acaba por decantarse por un concurso de normas a resolver por el principio de especialidad de acuerdo con el art. 8.1CP en favor del art. 335.1 y.4 CP que castiga la caza de especies prohibidas utilizando medios legal o reglamentariamente prohibidos.