

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

En el período de referencia de esta crónica y con relación a los delitos contra la ordenación del territorio, son varios los pronunciamientos que se refieren al bien jurídico protegido del artículo 319 CP, recordando que “no se tutela la normativa urbanística —un valor formal o meramente instrumental— sino el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de ‘utilización racional del suelo orientado a los intereses generales’ (arts. 45 y 47 CE), es decir, la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general”. Sobre la base de este criterio y el principio de *ultima ratio* del derecho penal, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 5.ª) núm. 325/2012, de 5 de septiembre, estima el recurso de apelación interpuesto y absuelve a los acusados de delito urbanístico por entender que el incumplimiento del uso contemplado en la licencia (destinada inicialmente a vivienda y finalmente a una actividad comercial) no tiene acogida en el precepto penal, “siendo lo importante el ajuste de la construcción llevada a cabo al proyecto que obtuvo la licencia, es decir, que la construcción-edificación en cuestión sea conforme a los planos y demás prescripciones del proyecto al tiempo de su entrega y final de obra”. La Sentencia considera secundario que la estética externa de la edificación no se compadezca con la propia habitual de una vivienda, “pues sobre gustos nada está escrito”. Podría objetarse a esta sentencia el recurso al principio de *ultima ratio* en sede aplicativa, si bien la amplia argumentación en torno al bien jurídico protegido más bien hace pensar en un ejercicio interpretativo acerca del contenido del derecho penal en este delito, establecido en el momento regulativo respetando los principios limitadores del *ius puniendi*.

Este mismo criterio restrictivo es aplicado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5.ª) núm. 325/2012, de 28 de diciembre, en un supuesto de casa prefabricada o por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2.ª) núm. 558/2012, de 22 de noviembre, cuando absuelve en un supuesto de exceso del volumen autorizado de la obra. En este último caso, la Sentencia recurre tanto a la necesidad de que el hecho repercuta sustancialmente en el bien jurídico protegido, “de tal forma que suponga la creación de algo diverso, incompatible con la naturaleza del suelo protegido, implique una transformación esencial del mismo, y deje de ser lo que era para convertirse en otra cosa distinta”, como al concepto “autorizable”, que “debe ser entendido igualmente en sentido sustancial, de incompatibilidad de la edificación con la naturaleza del suelo protegido, quedando fuera del precepto aquellas conductas

que se separen meramente de la legalidad urbanística en aspectos accesorios o no esenciales, que no supongan una clara vulneración del bien jurídico protegido”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2.^a) núm. 119/2012, de 10 de septiembre, por su parte, se posiciona a favor del carácter potestativo de la medida de demolición de la obra al afirmar que, en sede penal, requerirá de la acreditación de circunstancias de especial gravedad (como sería la especial afectación al entorno, que considera que no se produce en el caso enjuiciado), sin perjuicio de que “se resuelva con posterioridad dentro de un expediente de restauración de la legalidad urbanística seguido ante la Administración, la cual conserva sus facultades intactas para instar y compeler a tal demolición”.

No todos los pronunciamientos del período de referencia son de este mismo signo. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 3.^a) núm. 507/2012, de 12 de noviembre, confirma la condena de los acusados aplicando argumentos jurisprudenciales ya consolidados acerca de la consideración de promotor de la obra, del concepto de construcción o de la inaplicación del error en este ámbito. Tampoco admite la posibilidad de apreciación de error la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.^a) núm. 52/2013, de 22 de enero, en un supuesto de parcelación urbanística ilegal; o la ampliamente fundamentada Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1.^a) núm. 24/2013, de 21 de enero.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 2.^a) núm. 12/2013, de 23 de enero, incide en un aspecto sobre el que ya hemos manifestado preocupación en anteriores crónicas como es la interpretación del elemento “no autorizable”. La Sentencia insiste, creemos que acertadamente, en la necesidad de que la posible concurrencia de normativa legal que permita afirmar el carácter autorizable de la obra debe ser analizada en el momento de ejecutar la edificación y no con posterioridad. La cada vez más frecuente existencia de resoluciones que difieren este análisis incluso al futuro, sin entrar a valorar la contradicción de esta forma de interpretar el delito con otros principios básicos del derecho penal, no encuentra hasta la fecha explicación jurídicamente plausible.

Con relación al delito de prevaricación urbanística, existe en este período una sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo

Civil y Penal, Sección 1.^a), de 5 de noviembre de 2012. Se considera probado que el acusado concede dos licencias (una para ampliación de una vivienda, con la edificación de una segunda planta, y otra para la construcción de una vivienda de nueva planta) de forma arbitraria, fruto de su propia voluntad y carente de apoyos técnicos y jurídicos, y que era consciente de la injusticia de estas porque así le había sido puesto de manifiesto en ambos casos por los propios técnicos municipales y por el director general de Disciplina Urbanística y el propio Cabildo de Lanzarote, en el caso de la ampliación de vivienda, y por la Dirección General de Vivienda, en cuanto a la edificación de nueva planta.

Resulta interesante destacar que el Tribunal considera que “no obsta a la tipicidad de las actuaciones llevadas a cabo por el acusado, el hecho que desde el año 1994 existiera un proyecto o Avance de Normas Subsidiarias en el que se proponía la calificación de los suelos afectados como Urbanos, porque este Avance constituía una mera intención, sin eficacia alguna hasta que las Normas Subsidiarias no obtuvieran su aprobación por el Pleno del Ayuntamiento y por la Consejería de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias, como así conocía el acusado porque le había sido puesto de manifiesto por los técnicos municipales. Tampoco afecta a la antijuridicidad de las conductas llevadas a cabo por el acusado la catalogación y planificación futura que pudieran tener los suelos afectados por las licencias de obra en el Plan Insular de Ordenación del Territorio (PIOT) de Lanzarote, porque, tal y como pusieron de manifiesto los peritos del Cabildo de Lanzarote que informaron en el plenario, en ambos casos era necesaria la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias para poder autorizar las construcciones. Tampoco se considera de influencia en la tipicidad de la conducta desarrollada por el acusado el hecho de que las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento de Tegui se obtuvieran la aprobación definitiva del Gobierno de Canarias en el año 2001, y que con tal aprobación quedarán calificados como urbanos los suelos donde se llevaron a efecto las edificaciones para las que el acusado había otorgado las licencias de obra, porque, en cualquier caso, cuando se otorgaron las licencias tales Normas de planeamiento eran un mero proyecto, sin capacidad alguna para clasificar suelo urbano, y, por tanto, la actuación desarrollada por el acusado se efectuó contraviniendo la normativa urbanística vigente”.

Con relación a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y, en particular, con relación a los elementos objetivos del tipo ecológico, en la línea de la

tendencia jurisprudencial observada en anteriores crónicas debemos destacar, en primer lugar, un importante grupo de sentencias en las que se absuelve del delito ecológico por no constar que las actividades desarrolladas por los acusados puedan perjudicar “gravemente” el equilibrio de los sistemas naturales (Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.ª, núm. 746/2012, de 28 de diciembre) o la salud de las personas (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5.ª, núm. 100/2012, de 21 de noviembre). En ese mismo grupo puede incluirse la Sentencia TS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 916/2012, de 28 noviembre, que confirma la absolución del acusado, entre otras razones, por “considerar no solamente lo esporádico de tales mediciones, sino la calidad de éstas, y la conceptualización de los ruidos producidos, no declarando tales como graves, es decir, en el sentido de afectación grave, o lo que es lo mismo, de originar un perjuicio grave a la salud de las personas, y es más, la sentencia recurrida descarta que la acción sea ‘idónea para originar un peligro grave para el bien jurídico protegido’, lo que supone la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito administrativo y el ilícito penal”.

Dentro de los elementos subjetivos del tipo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 773/2012, de 18 de octubre, que confirma la condena a un empresario por contaminar con aguas, se pronuncia sobre el dolo del sujeto y su prueba y resuelve el recurso de casación en el que se cuestiona “asimismo el aserto de que el acusado fue consciente de los vertidos y los aceptó como tales. Aquí el argumento es que los consideró beneficiosos para el entorno, porque aportaban más caudal al río, nuevas esporas a la zona, y favorecían la anidación de las especies; de lo que tendría que seguirse que no hubo la aceptación del resultado constatado pericialmente, que se da por cierta en los hechos”. El Alto Tribunal acaba considerando que el argumento que eliminaría el dolo “es inadmisibile. Primero, porque no parece que sean precisos conocimientos de especialista, para tomar conciencia del alcance de una perturbación del medio físico como la de que aquí se habla. Pero es que, además, en el supuesto de que la percepción de la magnitud del fenómeno, por parte del que ahora recurre, hubiera sido realmente del grado de ingenuidad que se sugiere, la reiteración de inspecciones y la sistemática desatención a los requerimientos de cese de los vertidos de que hay precisa constancia en los hechos probados, tendría que haber bastado para que aquél pudiera hacerse cargo de la significación antijurídica de su conducta”.

Con relación precisamente a la exclusión del dolo por existencia de error, merece ser

destacada la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23.^a) núm. 98/2012, de 26 octubre. Aunque la Audiencia Provincial de Madrid considere que se trata de un error de prohibición, consideramos que se trata de un error de tipo, pues recae sobre un hecho constitutivo de la infracción penal. Como se podrá comprobar, la Audiencia concluye lo siguiente:

“[...] en el presente caso, se ha acreditado en autos, a través de la diferente prueba testifical, tanto la propuesta a instancia del Ministerio Fiscal como de la defensa, y de la prueba pericial, que era de sobra conocido que el paraje de la Laguna La Yesera estaba en unas condiciones muy precarias debido a la existencia de múltiples residuos de todo tipo, plásticos, neumáticos, material de oficina, escombros, etc..., incluso se llegó a investigar en su día la existencia de dos coches calcinados en el referido paraje, por lo que es verosímil que los acusados acudieran a dicho lugar a realizar el vertido de los escombros en la creencia de que ello no afectaba al sistema ecológico del paraje natural, máxime cuando además no consta que existiera alguna señal o indicación clara de que el lugar se tratara de un paraje natural especialmente protegido, creencia errónea que podía haber sido “despejada” y solventada pidiendo la información suficiente o consultando a la empresa para la que prestaban servicios o a los organismos correspondientes. El penoso estado que se observa claramente en alguna de las fotografías que obran en el atestado, donde se aprecia multitud de montículos de escombros, difícilmente hace pensar a cualquier persona que el paraje se trate de un espacio protegido y que en el mismo existe una riqueza ecológica tanto respecto a la flora como a la fauna, tal y como se afirma en el informe pericial realizado por el técnico de la Comunidad de Madrid y al que antes hemos hecho referencia. Por lo tanto estima esta Sala que en el presente caso concreto que ahora estamos analizando, es de aplicación el artículo 14.3 del Código Penal cuando se refiere al error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, ya que, insistimos en que los acusados que se dedicaban en la época de comisión de los hechos a transportar y depositar escombros, podrían haber sabido y podrían haberse cerciorado del carácter protegido del paraje, artículo 14.3 que como decimos, permite rebajar la pena en uno o en dos grados a la prevista por la ley.

La apreciación en este caso del error vencible de prohibición, previsto en el artículo 14.3, último inciso, permite rebajar en uno o dos grados la pena prevista por la ley, estimando esta Sala que ha de rebajarse en dos grados dadas las razones y argumentos expuestos anteriormente para la estimación del error, pues

además no se ha constatado que los acusados hubiera[n] realizado el vertido de escombros en más ocasiones que la del día de los hechos, así como la dificultad de saber que se trataba de un espacio natural protegido, por lo que procede imponer en este caso la pena de un año y seis meses de prisión, con las accesorias correspondientes, y multa de 9 meses a razón de seis euros de cuota diaria con la responsabilidad subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas impagadas e inhabilitación para la profesión relativa al transporte y depósito de materiales y escombros por tiempo de un año”.

Continuando todavía entre los aspectos subjetivos del tipo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 79/2013, de 8 febrero, se pronuncia sobre la imprudencia. Esta sentencia abordaba el caso del entonces alcalde de Sada, quien solicitó autorización a la Consellería de Medio Ambiente mediante oficio de 28 de marzo de 2005, autorización que fue concedida el 11 de julio siguiente, con informe favorable del Servicio de Conservación de la Naturaleza para mover unas tierras. También se pidió un permiso el 4 de abril al Servicio de Montes para la tala de 30 sauces, 45 alisos y 2 eucaliptos existentes en una zona de 0,05 ha, que igualmente fue concedido el 10 de mayo de ese año. Las obras a realizar fueron encomendadas a una tercera persona, quien según el mandato recibido de la Junta Local debía dejar sin rellenar una franja de terreno de 5 metros a ambos lados del lecho del río Fraga y otra en el límite del Plan Especial de las Brañas, espacio este que por razón de su singular protección no podía verse afectado por labor alguna, sin que conste que, pese a ello, el alcalde tuviese la precaución de indicar al constructor dónde se encontraban los límites del terreno protegido. Los trabajos se fueron ejecutando sin incidencia alguna hasta que el 13 de mayo de 2005 el jefe del Servicio Territorial de Augas de Galicia acordó su paralización tras la interposición de varias denuncias por afectar al dominio público hidráulico y no contar en ese momento con la autorización preceptiva, aunque la solicitud ya había sido informada favorablemente por el Servicio de Protección de la Naturaleza.

Pues bien, la Sentencia absuelve al alcalde de Sada de un delito ecológico sobre la base de los argumentos siguientes:

“[...] no puede afirmarse que no adoptara ninguna precaución orientada al control del riesgo. O que las adoptadas no fueran adecuadas. En primer lugar, porque en la encomienda de la obra al contratista se precisaba en el acuerdo municipal que debía dejar sin rellenar una franja de cinco metros a cada lado del lecho del río y

otra en el límite del Plan Especial de Las Brañas, con lo cual, no solo se advertía al contratista de la existencia de límites físicos a la ejecución de las obras encomendadas, sino que, además, se trataba de límites precisos y sencillos, y por lo tanto, en principio, de fácil entendimiento para cualquiera.

Y, en segundo lugar, porque la administración que el recurrente presidía no se limitó a acordar las obras y a encomendar su ejecución a un profesional, precisándole los espacios que no debería afectar, sino que previamente se elaboró un proyecto que fue aprobado debidamente, en el que no solo se definía el terreno a rellenar sino que, además, se procedía a la designación de una persona, el ingeniero que lo redactaba, como responsable de la vigilancia y ejecución del contrato y como representante de la Administración frente al contratista.

Es cierto que en la generalidad de los casos es posible extremar el cuidado mediante la adopción de todas las cautelas posibles. Pero en el caso no se recoge en la sentencia ningún elemento fáctico que pusiera de relieve otros riesgos que no pudieran ser razonablemente controlados por las medidas acordadas a las que se hizo referencia, y que, en consecuencia, hiciera necesarias otras a cargo del recurrente, como garante de la protección del terreno protegido. No existe ningún indicio de que, ex ante, fuera previsible un error o una conducta por parte del contratista que pudiera ser descuidada o desatenta a las indicaciones recibidas, ni tampoco que su capacidad profesional, que no ha sido puesta en duda, le condujera a un entendimiento deficiente de las instrucciones recibidas. Tampoco lo hay de una posible conducta errónea o inadecuada por parte de la persona que elabora el proyecto, como se ha dicho debidamente aprobado, designada además como responsable de la vigilancia y ejecución de aquel, en el que se definía el terreno a rellenar.

Desde el punto de vista de la responsabilidad del recurrente, las medidas acordadas en cuanto establecían límites a la ejecución, no solo a través del contenido del proyecto que se debería ejecutar, sino a través del mismo acuerdo de encomienda de las obras, y en cuanto procedían a designar al redactor del proyecto como responsable de vigilar su ejecución, aparecían como suficientes para garantizar la protección del terreno colindante.

Desde un análisis ex post, tampoco puede afirmarse la existencia de un riesgo que no pudiera ser controlado a través de las medidas acordadas, pues el resultado de la conducta equivocada del contratista solamente afectó a 1.000 metros cuadrados del humedal, de una superficie total de 456.000.

En consecuencia, el recurrente como Alcalde de Sada no ignoró la existencia de riesgos de afectación del terreno protegido por la ejecución de las obras acordadas, y con la finalidad de proceder a su debido control, acordó medidas de protección del mismo, procediendo a encargar y aprobar un proyecto de ejecución, cuya calidad y claridad no ha sido cuestionada, a nombrar a quien lo redactó, cuya competencia tampoco se ha discutido, como responsable de vigilar la ejecución del proyecto, adjudicando su ejecución a un profesional, cuya capacidad como tal tampoco ha sido puesta en duda, e imponiendo límites claros al contratista respecto a los aspectos relevantes a los efectos de la protección del terreno colindante, por todo lo cual no puede afirmarse a los efectos de la existencia y calificación de la imprudencia que el recurrente hubiera omitido las precauciones necesarias, ni desde luego las más elementales exigibles a cualquiera que se encontrara en su situación en las circunstancias dadas”.

Por lo que respecta a los tipos agravados del artículo 326, el Tribunal Supremo continúa considerando que existe clandestinidad “cuando se desarrolla una actividad clasificada de espaldas a todo conocimiento administrativo”, lo que le conduce a no aplicarla en un supuesto como el de autos, en que sin disponer de la resolución, se había solicitado. La Sentencia reconoce que “con fecha 9 de mayo de 1990 , y registro de entrada de 11 de mayo de 1990 en el Ayuntamiento de Baeza, se solicitó por el representante legal de ‘Interhotel’, legalizar, por carecer de licencia municipal, la actividad del Restaurante, Palacio de Congresos y Convenciones ‘A. de Vandelvira’. Posteriormente, en fecha 16 de enero de 1997 se concede la licencia de instalaciones condicionada por el Alcalde a una serie de requisitos” (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 916/2012, de 28 de noviembre).

En relación con la agravante de desobediencia se pronuncia también en este período la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 838/2012, que confirma una condena por exceso de ruido. La Sentencia recuerda lo siguiente:

“[...] en lo que se refiere a la aplicación del artículo 326.b), en éste se establece la imposición de la pena superior en grado cuando se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior. De los hechos probados resulta que al recurrente le fueron notificadas las resoluciones administrativas dictadas en ese sentido así como las que desestimaban los recursos interpuestos contra las anteriores, sin que procediera a la corrección que se le imponía antes de continuar con su actividad. De la lectura de la sentencia se desprende, de un lado, la

ineficacia de la administración en orden a proporcionar al denunciante una respuesta que evitara prontamente un eventual perjuicio para su salud, cuya probable existencia ya se establecía desde las primeras mediciones que demostraban la infracción de la normativa municipal sobre el ruido, y que fueron seguidas de los primeros requerimientos al recurrente, desatendidos por éste. Pero, al mismo tiempo, los detalles del caso ponen igualmente de relieve la persistencia del recurrente en una conducta que, ya desde el primer momento, sabía que causaba molestias y probables perjuicios a unos ciudadanos al repercutir directamente y de forma muy negativa en el ejercicio de sus derechos a la salud, física y psíquica, y al descanso, dentro de su propio domicilio, sin acudir en ningún momento durante ese largo período a la adopción de medidas que hicieran compatibles aquellos derechos con el que él tenía al desarrollo de su actividad empresarial.

Alega que no desobedeció las órdenes de la Administración, sino que las interpretó. Pero en realidad se trata de un sofisma, ya que mediante su interpretación de lo que se le ordenaba lo que de hecho hacía era incumplirlo”.

También se ha pronunciado sobre esta agravante la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a) núm. 773/2012, de 18 de octubre:

“Objeta el recurrente que al no ser extractiva la actividad de la empresa era el Ayuntamiento de Tordera el competente para la concesión de los permisos requeridos para su práctica, y que este organismo no dispuso el cese de aquella. De aquí pretende inferir que la irrelevancia de las sucesivas intervenciones de la Agencia Catalana del Agua en relación con los vertidos y los plurales requerimientos para su cese, con el argumento de que la misma no sería “la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el art. 325 Cpenal” a que se refiere el subtipo agravado del art. 326 b Cpenal. Pero, aparte de que no es una facultad del administrado elegir la autoridad a la que someterse, lo cierto es que, aunque pueda existir una superposición de competencias en una materia como esta de patente complejidad, lo cierto es que la denuncia de los vertidos y los sucesivos requerimientos de cese de estos por parte de la Agencia Catalana del Agua, lo fueron de suspensión de una actividad tipificada en el art. 325 Cpenal, por parte de un órgano competente para ello. Y en este punto —como bien subraya el Fiscal en su informe— la sala de instancia señala que, ya en su resolución de 9 de mayo de 2000 (folios 308-309), la Agencia Catalana del Agua hizo saber al acusado que los vertidos de su responsabilidad generaban un riesgo de contaminación del dominio público

hidráulico.

A todo esto se ha de añadir que aquel careció siempre de la preceptiva licencia municipal del Ayuntamiento de Tordera para su actividad y lo mismo para el vertido de las aguas residuales de la planta”.

Todavía entre los tipos agravados, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 3.ª) núm. 546/2012, de 27 de noviembre, se pronuncia sobre el tipo agravado de contaminación en espacio natural protegido. Como reconoce el Alto Tribunal, este tipo recoge “un elemento normativo referido al espacio natural protegido junto con los elementos que hayan servido para calificarlo, vinculando a ambos con la referencia a la acción de dañar a éstos de manera grave. La declaración de espacio natural protegido y lo elementos que dieron lugar a su declaración vienen recogidos en la Ley del Principado de Asturias 4/2003 de 24 de marzo (LPAS 2003, 120), de declaración del Parque Natural de Ponga y en el Decreto 54/2007 de 17 de mayo (LPAS 2007, 201) por el que se aprueba el I Plan Rector de Uso y Gestión y el Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural de Ponga. De tal conjunto normativo, en consonancia con el fin protector último de los valores medioambientales, se puede colegir que los elementos que se ponderan para la calificación del espacio no son solo los materiales que se representan con unas determinadas especies forestales o arbóreas, sino que se tienen en cuenta otros valores como el paisaje, la fauna y el ecosistema, que el Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro de 1992 define como complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismo[s] y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional. Si ello es así, y los elementos ponderables para aquella calificación del espacio son plurales, sería de un reduccionismo escasamente compatible con la tutela del bien jurídico, focalizar el daño típico y su gravedad atendiendo solamente al que haya podido experimentar un número determinado de árboles o un área vegetal que si se compara con la superficie total del Parque sería minúscula, pues si se interpretara así el tipo éste sería de una inoperancia total porque solo realizaría sus previsiones en casos de resultados auténticamente catastróficos, y se estarían excluyendo como elementos que sirvieron para calificarla aquellos relacionados con todo el sistema natural, además de los biofísicos, como serían los faunísticos, entre los que son relevantes las especies catalogadas como en peligro dando lugar a que entre las directrices de actuación de los Planes regulados en el antedicho Decreto 54/2007 se referencia la normativa específica orientada a la recuperación de especies y

conservación de hábitats. Por ello habrá que ver si la actuación de los acusados incide sensiblemente en el conjunto de valores que se tratan de proteger con la declaración del Parque Natural. Cuando el hecho probado describe la rotundidad de las obras que supusieron la evolución de los caminos afectados a pistas compatibles con la circulación de vehículos todo-terreno (4x4), pese a que generosamente las considere un exceso de lo acordado por el pleno de la corporación no obstante la expresividad de los reportajes fotográficos de los trabajos, y cuando solo atiende como dañado el terreno físico y singulares elementos arbóreos, se está prescindiendo de la afectación del ecosistema por cuanto la vía de acceso que facilita la masificación indiscriminada en zonas donde se localizan los principales taxones objeto de conservación que recogen las directrices de actuación del Anexo II de aquel Plan Rector y de Desarrollo de 2007, supone un daño grave a los elementos típicos, teniendo en cuenta que la norma de referencia, en las zonas de alta montaña y de uso restringido especial como las de autos —así consta en el expediente, folios 37,60 y 77,— prohíbe el tránsito de vehículos todo terreno o de otro tipo (salvo residentes propietarios, en actividades agropecuarias tradicionales y servicios públicos) y prohíbe la apertura de nuevas pistas o carreteras, que es lo que materialmente tiene lugar, con las obras desarrolladas sin ningún tipo de justificación relacionada con el mantenimiento de actividades agropecuarias tradicionales. Todo ello, naturalmente por la interferencia que supone en la calidad ambiental para especies faunísticas y vegetales de las que las en peligro de extinción justifican la restricción de la actividad humana a acotar con las medidas de protección y preservación de sus hábitats que recoge el cuerpo normativo citado”.

También merece ser destacada de nuevo la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 916/2012, de 28 de noviembre, por sus interesantes referencias a la prescripción. En ella se establece que, aunque tratándose de un delito de acumulación y permanente, si “las inmisiones son esporádicas y puntuales, como ocurre en el caso de los establecimientos de hostelería o restauración, generalmente en fiestas o en fines de semana, el acotamiento temporal tendrá una significación diversa, y podrá operarse como hace la Audiencia mediante la atribución de los lapsos temporales que permitan considerar los amplios márgenes del plazo de prescripción que se dispone en el art. 132.1, esto es, atribuibles a una franja de cinco años, máxime cuando —como aquí ocurre— no se encuentra probada la continuidad”.

Por último, merece destacarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 3.ª) núm. 546/2012, de 27 de noviembre, que se pronunció sobre la existencia de un delito de prevaricación en el caso de un alcalde que ordena ejecutar obras en un parque natural sin contar con los informes preceptivos previos medioambientales, excediéndose en mucho de lo acordado por la corporación.

Mientras que el juez de lo Penal absolvió, la Audiencia Provincial condenó:

“[...] la actuación de aquel no reviste un mínimo juicio de equilibrio desde el punto de vista jurídico, de justicia, legalidad y razonabilidad. La orden ejecutiva de las obras cuya denuncia fue motor de estas actuaciones, constituye una resolución expresa y oral, siendo esta modalidad jurisprudencialmente compatibilizada con el tipo de prevaricación, S.T.S de 21-2-94 (RJ 1994, 1552), que no solo no se compadecía con la entidad de las obras a realizar en el Parque Natural de Ponga, que eran de acondicionamiento de los caminos referidos en la solicitud obrante al folio 142, pues lo que se ejecutó desbordaba notoriamente lo pedido —conforme luego se dirá— sino que de manera patente desbordaba la legalidad manifestándose simplemente como producto de la voluntad del autor. Este prescindió totalmente del procedimiento más elemental al que debía ajustarse aquella deliberación, sin ningún tipo de fundamentación. Así, a aquella solicitud solo siguió la proposición al Pleno de la Corporación Municipal del acuerdo documentado al folio 506, aprobándose, ciertamente, por unanimidad la propuesta de acondicionar y limpiar las pistas ganaderas, pero previamente los grupos municipales representados en la Corporación que se expresan en el acta de la sesión dejaron bien claro que debía procurarse la cobertura legal del actuar, obteniendo los permisos pertinentes e informes medioambientales. No se hizo nada en tal sentido, siendo más que el Servicio de Planificación y Gestión de Montes de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, evacuó informe pidiendo documento de evaluación medioambiental el 23 de julio de 2008 — entrada en el Ayuntamiento el 31 de julio—, pero ocurrió que sin provisión de trámite alguno el Alcalde acusado dio la orden ejecutiva que reiteraba tantas veces como se le demandaba cesar por el servicio de guardería de Medio Natural de aquella Consejería a lo largo del mes de agosto en las ocasiones referidas en el hecho probado y sobre las que se configuró el tipo de desobediencia que luego será objeto de valoración. Ello supone tanto como que el acusado sabía que su decisión carecía de cobertura absoluta, y por si hubiese alguna duda acerca del ánimo expresivo de anteponer el producto de voluntad a la observancia de la legalidad basta con constatar cómo en aquella Sesión de la Corporación hace

lapidariamente patente que si los permisos no llegan y hay que arreglar los caminos, estos se arreglarán (sic). No se puede pedir más a la expresión del desprecio a aquella legalidad con una conducta que no es tolerable siquiera con el pretexto de atender el interés de unos residentes ganaderos, pues además de que ello no justifica la disconformidad con el derecho, tampoco respeta el interés general que alza el valor medioambiental atacado en el Parque Natural.

Tal actitud manifiestamente prevaricadora no llega a desmerecer dotándola de un cierto margen de mera irregularidad ponderable solo en sede administrativa, porque la Corporación hubiese aceptado unánimemente la realización de las obras, o porque haya precedido el informe obrante la folio 346, o porque ex post, se hubiese procurado el informe de impacto medioambiental. Lo que la Corporación aprobó, y a lo que se refería el citado documento antecedente, se focalizaba en las obras formalmente descritas, siendo cuestión diferente y no precisamente irrelevante, que las que se ejecutaron con la orden del Alcalde y su supervisión —téngase en cuenta que los operarios le ponían en antecedentes de la intervención del Servicio de Guardería denunciante— desbordaron sensiblemente lo tolerable para el espacio protegido, remitiéndonos en este punto a lo que se razonará en el Fundamento de Derecho Cuarto donde se motiva la calificación jurídica del delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, y en cuanto a la provisión de los documentos de evaluación medioambiental, folios 233 y siguientes, en ellos se hace indicación de la necesidad de una evaluación preliminar de impacto ambiental, lo que equivale a tanto como que nada se hizo al respecto. En este orden de cosas el a quo razona en su tesis absolutoria que esos informes evaluadores son trámites formales subsanables, pero ello no es así. Ya apuntaba lo contrario el aludido informe del Servicio de Planificación y Gestión de Montes, conociéndolo el acusado con anterioridad a su orden prevaricadora, recordando la doctrina contencioso-administrativa, de la que es expresión la S.T.S. de 31-1-2000 (RJ 2000, 727), que el informe ha de ser previo al acuerdo, y recalcando el Plan Rector de Uso y Gestión y el Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural de Ponga (que se da por supuesto conoce el Alcalde del Municipio integrado en él) que cuando el uso en el Parque Natural suponga un riesgo para él o sus elementos o características merezca el juicio de uso no permitido, todas las actividades se someterán al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, dejando claro que la consideración de ese uso que ahora refiere el Tribunal tiene lugar en atención al hecho probado, cierto y efectivo, de que las obras eran manifiestamente sobredimensionadas en la

ejecución llevada a cabo, hasta el punto de calificar aquel otro delito medioambiental al que luego nos referiremos y al que nos remitimos, de suerte que la Sala pondera a estos efectos no la mera formalidad con la que podía valorar el uso formalmente contenido en la solicitud del acusado, sino el hecho cierto acaecido”.

Finalmente, y respecto de los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, puede destacarse la Sentencia 82/2013, de 24 de enero, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5.ª), que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 5 de marzo de 2012 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Vilanova i la Geltrú, que condenó al acusado por la comisión de un delito contra la fauna a la pena de diez meses de multa e inhabilitación para el derecho de caza por un período de tres años y seis meses, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1.º del artículo 335 CP (que castiga con la pena de multa de ocho a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años a “el que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibida por las normas específicas sobre su caza o pesca”), con la concurrencia de la agravante establecida en el apartado 4.º del mismo precepto (que ordena la imposición de las penas en su mitad superior cuando la conducta descrita se realice “utilizando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente”). Los hechos objeto de enjuiciamiento consistieron en capturar, entre otros animales, un ejemplar de *Emberiza cirrus* (escribano soteño o *gratapalles*), especie catalogada y protegida por la normativa comunitaria y catalana mediante la prohibición de su caza.

En su escrito, el recurrente sostuvo que no basta con la mera acreditación de la conducta de caza o pesca de especies expresamente protegidas, debiendo exigirse, en virtud del principio de ofensividad, un desvalor de resultado centrado en la puesta en peligro del bien jurídico biodiversidad. Frente a tal argumentación, la Sentencia de la Audiencia Provincial deduce, a partir de la normativa administrativa aplicable, que se trata de una especie protegida, pues no puede ser objeto de caza y pesca en unas determinadas circunstancias, sino que su captura se encuentra taxativamente prohibida. Este dato, unido al hecho de que dicha regulación no la cataloga, sin embargo, como “especie amenazada”, permite al Tribunal concluir que la calificación de los hechos como constitutivos de un delito del artículo 335.1.º CP es correcta, “por cuanto la caza de la meritada especie sí ponía en peligro, aunque fuera en menor intensidad, el bien jurídico

protegido por el Código Penal”.

De este modo, a pesar de que la Sentencia comentada desestima el recurso, la Audiencia Provincial parece compartir la interpretación del recurrente en torno a la conceptualización del bien jurídico protegido en el tipo objeto de análisis y la configuración de dicho delito como de peligro (para la biodiversidad). Por ello, causa cierta perplejidad la argumentación empleada por el Tribunal a la hora de estimar igualmente correcta la apreciación en el fallo de instancia de la agravación contenida en el artículo 335.4.º CP, dado que en este caso fundamenta su aplicabilidad no ya en la constatación de una mayor intensidad del riesgo creado para la especie, debido al concreto método de captura empleado, sino en el hecho de que dicho método “es en sí mismo cruel hacia los animales, pues es susceptible de causar finalmente su muerte al quedar absolutamente imposibilitado para el vuelo”. Con el empleo de tal calificativo, parece dar a entender la Audiencia Provincial de Barcelona que son subsumibles en el tipo agravado del artículo 335.4.º no solo los comportamientos consistentes en cazar o pescar especies prohibidas con métodos que impliquen un riesgo mayor para la especie, sino también aquellos que supongan un sufrimiento adicional para el ejemplar afectado.