



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Circulares

DOCUMENTO ANALIZADO

Circular 7/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo

1. NORMAS INTERPRETADAS POR LA INSTRUCCIÓN

Arts. 319, 320, 325, 328, 329, 332, 333, 334, 335 y 337 del Código Penal.

2. AFECTADO POR:

2.1 LEGISLACIÓN:

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2.2 JURISPRUDENCIA:

2.3 DOCTRINA FGE:

3. EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

En el artículo 319 CP se incorpora al párrafo tercero, en su final, el siguiente inciso “...*indemnizaciones debidas a terceros de buena fe*”. Esta nueva frase reza “...y valorando las circunstancias, y oída la administración competente, (los jueces o tribunales) *condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas.*”

Hay que indicar que la frase novedosa objeto de análisis tiene una serie de componentes particulares que acaben introduciendo, posiblemente, serias complicaciones a la hora de llevar a cabo demoliciones cuando haya terceros de buena fe y, por lo tanto, de restablecer el orden jurídico alterado.

Los cambios que se producen en el artículo 325 no suponen una alteración sustancial de su contenido previo, salvo la incorporación de una nueva modalidad delictiva, en línea con la anterior, pero menos grave. Lo que se ha venido a hacer es añadir a las conductas que “...*podieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*”, supuesto que, en esencia, coincide con la redacción original, aquellas otras conductas que “...*por sí mismas o conjuntamente con otras, causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las*

aguas, o a animales o plantas”.

Por lo tanto, la opción asumida por el legislador español ha sido la de mantener la redacción inicial y añadir una nueva conducta de menor entidad que implique ocasionar, o poder ocasionar, daños sustanciales al medio ambiente. Así pues, es evidente que el legislador considera que la redacción original era correcta, hasta el punto de que la misma se mantiene. Se añade, sin embargo, una segunda modalidad delictiva que implica incorporar aquellos supuestos de menor importancia y que sin suponer la posibilidad de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, sí pueden causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o del agua, o a animales o plantas. Téngase en cuenta, además, que esta segunda modalidad ofrece la posibilidad comisiva tanto de peligro como de resultado, por hablarse en la norma de “causen o puedan causar”.

En consonancia con lo dicho, la sanción, en el primer caso, viene siendo la misma que existía antes de la reforma, mientras que en el segundo caso la pena aplicable es de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años. Se trata pues, tal como ya se ha repetido, de una novedad que, por su contenido, que no conlleva especiales complicaciones.

En relación a los términos “daños sustanciales” hay que decir que los mismos proceden, y son una transposición, del apartado a) del artículo 3, de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal. Más adelante, en otros párrafos del artículo 3, los susodichos términos vuelven a ser utilizados, pero para otro tipo de atentados ambientales. Se trata de un concepto, daños sustanciales, respecto a cuya concreción la propia Directiva deja, en principio, las manos libres a los propios Estados miembros. Así se deduce de la ausencia de definición alguna al respecto en el artículo 2 de la Directiva, relativo a las definiciones, que sí clarifica, sin embargo términos como “hábitat” o conceptos como “persona jurídica”.

En cuanto al artículo 328, su redacción corresponde al contenido idéntico del párrafo sexto del artículo 327. Procede destacar que la referencia de las penas aplicables en el anterior artículo 327 para las personas jurídicas responsables penales de las conductas descritas en los anteriores 325 y 326, desaparece, aplicándose lo anteriormente previsto en párrafo sexto del artículo 328 y que, por lo demás, implica una reducción sustancial de las penas aplicables en comparación con la anterior redacción del artículo 327.

También es importante reseñar la desaparición de la conducta de depósito o vertedero de desechos o residuos tóxicos o peligrosos del anterior párrafo primero del artículo 328, con lo que la vieja polémica de la primacía entre los supuestos de depósitos del artículo 325 y del depósito del 328.1, que dio lugar a bastantes debates y, en última instancia, incongruencias jurisprudenciales, desaparece definitivamente.

La nueva redacción del artículo 332 incrementa el número de conductas, es decir las consistentes en “poseer, adquirir y destruir”. Aunque la referencia a “quemar” ha desaparecido, nuevos términos como “destruir” suplen perfectamente esa ausencia, habida cuenta su mayor amplitud terminológica.

La nueva norma sustituye, además, al objeto inicial del delito que ya no son las “*especies de flora amenazadas*”, sino las “*especies protegidas de flora silvestre*”, salvo que “*la conducta afecte a una cantidad insignificante de ejemplares y no tenga consecuencias relevantes para el estado de conservación de la especie*”. Es evidente, por lo tanto, que se produce una ampliación del tipo, a pesar de la excepción acabada de recoger, si bien hay que admitir que la posibilidad de esa ampliación ya quedó abierta en la propia Circular 7/2011 para aprovechar las posibilidades que al respecto había abierto una inicial jurisprudencia, que se recoge en la misma.

Evidentemente también, y tal como corresponde a la lógica gravedad de los hechos, de tratarse de actos que afecten a “*especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción*”, la pena aplicable será la prevista en su mitad superior, tal como viene establecido en el párrafo 2 de la nueva norma. Obsérvese que esta opción no comprendería a las especies o subespecies que aunque estuvieran catalogadas tuvieran la calificación de especies vulnerables, en lugar de en vías de extinción. Sin embargo, cabría añadir que la propia naturaleza de especies vulnerables convertirá en prácticamente inaplicable la excepción prevista en la norma, habida cuenta la cercanía de estas especies a las que están en vías de extinción. Además, tal como se desprende del tenor del artículo 55 de la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, existe un sistema relativamente flexible para efectuar los cambios pertinentes que proceda llevar a cabo al respecto.

Destaca, también, la referencia en la nueva redacción de la norma a la conducta consistente en la “*destrucción o alteración grave de su hábitat*”, prevista para las especies de fauna en el artículo 334, pero que inexplicablemente se había omitido para la flora, aspecto este que era necesario equilibrar y que finalmente se ha llevado a cabo.

Por lo demás, la introducción de la opción de la conducta negligente entre las previstas en esta disposición y que anteriormente no existía, concede, lógicamente, más opciones materiales a la hora de facilitar la aplicación de la norma.

Se incluye como nueva pena la inhabilitación especial en todas las conductas, que anteriormente no existía, aumentando ligeramente la pena mínima del delito base (de cuatro a seis meses) y se introduce una pena inferior en caso de conducta imprudente, como es perfectamente lógico.

En el artículo 334, al igual que en el art. 332, se incorporan las nuevas conductas “*adquirir, poseer o destruir*”, en este caso respecto a la fauna. Se produce también un aumento de la pena aplicable cuando se tratara de “*especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción*” y, finalmente se incorpora igualmente la opción imprudente a la tradicional perspectiva dolosa.

El artículo 335 se conserva en su integridad, aunque aumenta, sin embargo, su contenido inicial al incorporarse al mismo, y dentro de las conductas previas, los actos de marisqueo ilegal.

Con la nueva redacción del artículo 337 se extiende notablemente su contenido. El primer aspecto a destacar, en el párrafo primero, es la ampliación que se produce del objeto del delito, previamente circunscrito al “*animal doméstico o amansado*”, a una serie de supuestos que, por ser todos ellos objetos de protección a partir de ahora, quedan equiparados al mismo. Con la nueva redacción, por lo tanto, además del animal doméstico o amansado, que viene incorporado en el apartado a), se incluye también a los siguientes supuestos:

- b) un animal de los que habitualmente estén domesticados,
- c) un animal que temporal o permanentemente vive bajo control humano,
- d) cualquier animal que no viva en estado salvaje.

Se ha incorporado al Código Penal el planteamiento hecho en la Circular 7/2011, pero con una fórmula final, la d), que permite prácticamente excluir de la aplicación del artículo 337, en su nueva redacción, sólo a los animales que vivan en estado salvaje.

Se añade también un nuevo supuesto de inhabilitación para la “*tenencia de animales*”, hasta ahora no previsto, junto a la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, etc., en relación con los mismos.

También se incorpora una nueva acción delictiva, al párrafo primero, que es el hecho de someter a los animales domésticos a “explotación sexual”.

El párrafo segundo de la norma, también da nueva redacción, establece el aumento de la pena aplicable en su mitad superior cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) *Se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida del animal.*

b) *Hubiera mediado ensañamiento.*

c) *Se hubiera causado al animal la pérdida o inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal.*

d) *Los hechos se hubieren ejecutado en presencia de un menor de edad.*

En este segundo párrafo se incluyen aspectos, algunos valorativos y otros que no lo son, pero ninguno de los cuales implica excesiva dificultad a la hora de interpretar la norma. Si merece destacar, en relación al apartado b) que el mismo ya existía en la redacción inicial de este artículo, incorporado al Código con la reforma del año 2003. Pues bien, cuando el término ensañamiento desapareció con la reforma de 2010, la Circular 7/2011 expresó lo acertado de esa decisión parlamentaria, dado que su existencia hacía más difícil la aplicación de la norma, pues implicaba la exclusión de determinadas conductas, y provocaba, a su vez, ambigüedades interpretativas dado que se exigía que fuera un ensañamiento injustificado. El hecho de que haya desaparecido la referencia “injustificadamente” que existía junto al ensañamiento y de que se incorpore como una agravante más aplicable a la conducta básica, hace desaparecer las objeciones que en su momento vino a expresar la Circular.

El párrafo tercero establece un aumento de pena para aquellos supuestos en los que, más que maltratar, se hubiere causado la muerte al animal. Se trata además de la pena de mayor entidad que la que venía siendo prevista en el Código Penal para este tipo de supuestos delictivos desde la aparición de la norma en el año 2003, que nunca ha superado el año de privación de libertad. La misma asciende ahora hasta 18 meses y hasta cuatro años de inhabilitación especial.

El párrafo cuarto, amén de otras posibilidades, parece diseñado para darle contenido penal a las frecuentes peleas ilegales de animales domésticos y asimilados tales como canes, gallos, etc., y en aquellos supuestos que la normativa administrativa que completa esta disposición permita calificarlas de ilegales.

En la Circular 7/2011 se ponía de manifiesto que los términos en los que estaba redactado el artículo 337, de la reforma de 2010, permitían colegir la posible aplicación de la opción omisiva a esta forma penal; aspecto este que ha confirmado con creces la jurisprudencia. Se mantiene en vigor, por lo tanto, lo dicho al respecto por la Circular 7/2011.

FICHA ELABORADA POR LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA FGE

CIRCULAR 7/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NUEVAS CONDUCTAS DEL ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO PENAL. III.

LA DEMOLICIÓN. IV. EL COMISO. V. LA PREVARICACIÓN URBANÍSTICA DEL ARTÍCULO 320. VI. EL NUEVO CONCEPTO DE "ALTA MAR" DEL ARTÍCULO 325. VII. NUEVAS CONDUCTAS DEL ARTÍCULO 328 DEL CÓDIGO PENAL. VIII. LA PREVARICACIÓN OMISIVA DEL ARTÍCULO 329. IX. CRITERIOS INTERPRETATIVOS RELATIVOS A LOS ARTÍCULOS 332, 333 Y 334. X. CRITERIOS EN RELACIÓN CON LA CAZA O PESCA DE OTRAS ESPECIES DEL ARTÍCULO 335. XI. NOVEDADES RELATIVAS AL MALTRATO DE ANIMALES DOMÉSTICOS DEL ARTÍCULO 337. XII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La modificación del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha supuesto un incremento sustancial de las conductas delictivas relacionadas con el medio ambiente. La naturaleza restrictiva de derechos que caracteriza a la norma penal obliga a evitar, en lo posible, la expansión de la intervención punitiva del Estado. Sin embargo, en lo que al medio ambiente -en sentido lato- se refiere, existía un amplio consenso en cuanto a la necesidad de completar el elenco de delitos inicialmente previsto en el Código penal de 1995 y establecer sanciones más ajustadas al reproche social que merecen este tipo de infracciones.

La especialización de los Fiscales en materia de medio ambiente y urbanismo ha desvelado la necesidad de introducir precisiones, puntualizaciones y modificaciones en el contenido de la norma penal que, en esencia, se recogen en la aludida reforma legislativa. La presente Circular trata de ofrecer criterios interpretativos útiles para la aplicación de los nuevos preceptos, todo ello dentro del esquema básico de la función de coordinación que propugna la Instrucción 4/2007 y que rige el funcionamiento de la especialidad de medio ambiente y urbanismo.

Otra parte importante de las nuevas conductas delictivas introducidas en la última reforma del Código Penal procede del Derecho Comunitario. El recurso al Derecho Penal para la protección del medio ambiente por parte de la Unión Europea no es reciente. El Sexto Programa de Acción Ambiental, iniciado el 22 de julio de 2002 y con efectos hasta el 22 de julio de 2012, ya expresaba la necesidad de combatir enérgicamente el delito ecológico. Fruto de este planteamiento y de otras iniciativas de la Unión Europea, cuyo contenido escapa al alcance del presente documento, son dos recientes Directivas ambientales, de las que proceden las nuevas conductas introducidas por la Ley Orgánica 5/2010. La primera de las mismas es la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal. La segunda es la Directiva 2009/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE, relativa a la contaminación procedente de buques. También aquí la Fiscalía General del Estado aporta criterios interpretativos útiles para la aplicación de tan novedosas conductas, cuya regulación ofrece perspectivas de indudable interés que, como se verá, trascienden nuestras fronteras.

Finalmente, y aprovechando la existencia de algunos aspectos en la materia en los que no existía unidad de criterio ni claridad interpretativa por parte de las Fiscalías -ni tampoco de los órganos judiciales competentes-, se han incorporado a esta Circular algunas pautas hermenéuticas que, sin duda, permitirán una clarificación de la materia y facilitarán la aplicación de las normas en las que se aprecian las aludidas dificultades. Para ello, resulta imprescindible el auxilio de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales e, incluso, por los

Juzgados de lo Penal, dado que el sistema procesal en vigor restringe notablemente la posibilidad de que delitos tan complejos y socialmente sensibles como los medioambientales lleguen al conocimiento del Tribunal Supremo.

II. NUEVAS CONDUCTAS DEL ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO PENAL

En la nueva redacción del artículo 319 del Código penal la acción típica consiste en la realización de "obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables". La reforma de 22 de junio de 2010 ha supuesto, así, la ampliación de las conductas punibles frente a la "construcción no autorizada" del apartado primero -en la redacción original del precepto- y a la "edificación no autorizable" del apartado segundo —también en la redacción del año 1995-.

Con ello se pone de manifiesto la firme intención del legislador de proporcionar una mayor protección a los suelos incluidos en el ámbito de la norma.

En la redacción vigente del artículo 319 destaca la novedosa referencia a las "obras de urbanización". Estando plenamente consolidada en la práctica de las Fiscalías la interpretación de los términos "construcción" y "edificación", son necesarias, sin embargo, algunas reflexiones que faciliten la aplicación de esta nueva conducta típica.

Dentro del ámbito del Derecho urbanístico, del que es temprano exponente el contenido de los artículos 82, 122 y 186.2 de la antigua Ley del Suelo de 1976, el acto de urbanizar se entiende como "aquella actividad material consistente en dotar a un terreno de los servicios e infraestructuras necesarias, fijados en el planeamiento o legislación urbanística para que adquiera la condición de solar". Ello implica, por lo tanto, la realización de movimientos de tierra para dotar a los terrenos de acceso rodado por vía urbana, abastecimiento de agua, instalaciones de saneamiento, suministro de energía eléctrica en baja tensión y, en general, de los servicios básicos que pueden servir de soporte a las posteriores edificaciones. Estamos, sin duda, ante actividades con una clara incidencia sobre el suelo e, incluso, sobre la orografía y geografía del terreno, dado que se trata de dejarlo preparado para proceder a las siguientes fases de construcción propiamente dicha.

Lo cierto es que, con la amplia interpretación que sobre el concepto "construcción" ha venido realizando la jurisprudencia, las "obras de urbanización" ya podían considerarse comprendidas en la redacción inicial del artículo 319.1 del Código Penal. El hecho de dotar a un terreno de servicios e infraestructuras supone emprender actividades e iniciativas que fácilmente pueden ser consideradas como obras de construcción. Recuérdese, a ese respecto, la sentencia de 29 de noviembre de 2006 de la Sala II del Tribunal Supremo cuando señalaba que "la construcción debe alterar el suelo de una manera artificial, o por medios mecánicos o técnicos y significar una sustancial modificación con vocación de permanencia, lo que permitiría incluir en el tipo la construcción de caminos o pistas, balsas, movimientos de tierras o desmontes, formación de terrazas y —en contra de la opinión mayoritaria- las obras de preparación del suelo que signifiquen una sustancial alteración de los elementos geográficos con vocación de permanencia...debiéndose tener en cuenta la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador, que emplea el vocablo <construcción> como acción típica en el epígrafe 1º del precepto, y <edificación> en el 2º, mucho más restringido que el otro". Conforme a esta jurisprudencia, la

redacción anterior del artículo 319.1 comprendía ya cualquier alteración sustancial, con vocación de permanencia, de los elementos geográficos del terreno afectado. Quedaban, por lo tanto, incluidas en el precepto las obras de urbanización.

Por otra parte, tal y como se puede apreciar de la lectura del texto del artículo 319, se habla ahora de la realización de "obras de construcción...", en lugar de la realización de una "construcción" o "edificación", como ocurría en la redacción original de la norma. Es evidente que esta referencia a "obras de..." implica un adelanto en la consumación del delito y aleja, a su vez, la tentación de que se planteen perspectivas inacabadas del tipo cuando se trate del inicio de construcciones o de edificaciones.

Por otra parte, el precepto se refiere ahora a "obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables", frente a la redacción anterior que incorporaba las expresiones de "construcción no autorizada" (apartado primero) y "edificación no autorizable" (apartado segundo). En relación a este cambio terminológico, con la nueva redacción dada al apartado primero del artículo 319, podría plantearse un problema de aplicación de la ley penal en el tiempo. Al hablarse ahora de obras "no autorizables" —y no de construcciones "no autorizadas"— podría pensarse que los criterios introducidos con la nueva redacción del Código son más laxos, con aparente despenalización de la realización de construcciones sin licencia.

Pues bien, en relación a lo planteado hay que señalar que la propia jurisprudencia había puesto de relieve en relación con la anterior redacción del artículo 319.1 que, cuando se realiza una construcción, el carácter delictivo viene determinado, en la práctica, no sólo por no estar autorizada sino por no ser tampoco autorizable. De no ser así, se penalizarían las construcciones realizadas sin licencia que no presentan una contradicción sustancial con la normativa urbanística aplicable. Por tanto, en este aspecto, la Ley Orgánica 5/2010 no viene sino a adaptarse a una interpretación jurisprudencial ampliamente mayoritaria de la norma precedente. No deberían, en consecuencia, plantearse hipótesis de aplicación retroactiva.

Aclarado este aspecto, conviene recordar aquí que tampoco cabe la aplicación retroactiva de la ley penal por el mero cambio de planeamiento urbanístico materializado con posterioridad al momento de la comisión del delito. En este punto es interesante tomar en consideración la interpretación que de la expresión "no autorizable" han venido realizando las Audiencias Provinciales. La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 de diciembre de 2006 sintetiza claramente la interpretación mayoritaria al señalar que "cuando el legislador introduce...la mención de que...ha de ser no autorizable, no se está refiriendo a la eventualidad de que en un futuro, más o menos incierto, pudiera modificarse la legalidad urbanística. Esta interpretación conduciría al absurdo, puesto que en el terreno de las hipótesis de trabajo toda calificación, incluso la declaración de especial protección, es susceptible de modificación por decisión del legislador o de la administración competente en materia urbanística, por lo que este elemento del tipo debe referirse necesariamente a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza, de modo que no basta que se haya levantado sin licencia y que se haya hecho en suelo no urbanizable, sino que es necesario que, además, sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento y que, por ello no hubiera sido posible su autorización".

Tampoco cabe la inaplicación del tipo penal por la simple voluntad manifestada por un Ayuntamiento de proceder

a la modificación del planeamiento aplicable, pues, como señala, entre otras, la sentencia de 30 de diciembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Navarra, la aplicación del artículo 319 del Código Penal debe mantenerse aun cuando el Alcalde-Presidente informase que el Ayuntamiento, "a la vista de las denuncias penales a varios de sus vecinos por construcciones en suelo no urbanizable en terrenos calificados de alta productividad, y ante la inminente redacción de un plan municipal, estaba considerando la posibilidad de modificar la normativa legal y su adaptación a otra más permisiva, para que pudieran autorizarse construcciones realizadas en esa tipología de suelo siempre que reuniesen una serie de condiciones sobre sus dimensiones, destino, etc...".

Todo lo cual supone que el carácter "no autorizable" de una obra depende del planeamiento urbanístico vigente al tiempo de realizarse los hechos. El delito, por tanto, no desaparece ni con la modificación posterior de ese planeamiento ni mucho menos con la simple intención exteriorizada por un Consistorio de proceder a dicho cambio.

Finalmente, en cuanto al influjo que la modificación del planeamiento puede tener en la reposición del suelo a su situación originaria y, en particular, en la aplicabilidad de la medida de demolición, no hay que olvidar que, en la vía contencioso-administrativa, la Sala III del Tribunal Supremo viene rechazando todo tipo de maniobras encaminadas a frustrar el restablecimiento del orden jurídico urbanístico alterado -cuando esa alteración ha sido reconocida por los Tribunales-, a través de un nuevo planeamiento aprobado con posterioridad dirigido a dejar sin efecto el pronunciamiento judicial previo. Así la sentencia de la Sala III de 17 de noviembre de 2010 se refiere al supuesto de unas obras que continuaron aun a sabiendas de las sospechas de ilegalidad, que podían ser declaradas como tales por los Tribunales, como así ocurrió. Después de la sentencia declarando la ilegalidad el Consistorio cambió el planeamiento y, tras el correspondiente recurso, el órgano judicial de lo contencioso declaró la inejecutabilidad de la sentencia de ilegalidad habida cuenta la citada modificación del planeamiento. En cambio, el Tribunal Supremo, en casación rectificó esa perspectiva precisando que la sentencia declarando la ilegalidad se debía ejecutar y la obra demoler: "...no procede declarar inejecutable la sentencia en virtud de un planeamiento aprobado con posterioridad al pronunciamiento en la instancia de dicha sentencia con la finalidad de impedir la ejecución de aquella, pues no responde la alteración del marco jurídico urbanístico a eventuales circunstancias sobrevenidas en el desarrollo de la ciudad sino al empecinamiento del Ayuntamiento a dar cobertura a una actuación declarada contraria al ordenamiento jurídico por sentencia firme, de manera que amparándose en un potestad reglada, como es la posibilidad de revisar el planeamiento, se pretende un fin no legítimo, cual es la condición de construcción legal de aquella que fue declarada ilegal por contraria al planeamiento".

III. LA DEMOLICIÓN

La demolición es una medida que viene prevista en el apartado tercero del artículo 319 y que tiene por objeto la reparación de la legalidad infringida, incardinándose, en consecuencia, dentro de la responsabilidad civil derivada del delito, que comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales de los artículos 109 y siguientes del Código Penal.

Hay que reconocer la existencia de un cierto debate doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de la

demolición en el presente momento. Sin embargo, el planteamiento que aquí se recoge, y a falta de una definición clara por parte del Tribunal Supremo al respecto, es el que con más frecuencia se ha visto reflejado por la incipiente jurisprudencia sobre la materia. En esa línea, la sentencia de 18 de marzo de 2010 de la Audiencia Provincial de Sevilla, reconoce que "la demolición es ya mayoritariamente considerada como verdadera consecuencia civil derivada de un ilícito penal, con sustento en el artículo 109 y siguientes del Código Penal en cuanto hablan de la reparación del daño y que podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquel y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa, siendo su única especialidad la que deriva de ser el bien jurídico protegido de naturaleza supraindividual y, por ello, la colectividad el verdadero titular de ese derecho a la reparación...". A su vez, la sentencia de 29 de julio de 2008, también de la Audiencia Provincial de Sevilla, añade que "de este modo, la demolición específicamente contemplada en este precepto equivaldría a la reparación del daño mediante la imposición de una obligación de hacer prevista con carácter general en el artículo 112 del mismo Código. De lo contrario, la intervención penal llevaría consigo, de modo paradójico, la consagración física del resultado del delito, sin posibilidad ulterior de reparación". De hecho, algunas sentencias condenatorias en lugar de hablar de la demolición propiamente dicha aluden a la "restitución del suelo a su estado originario". En cambio, la sentencia de 20 de abril de 2011 de la Audiencia Provincial de Valencia se refiere a "la reversión de la zona a su estado originario. Ambos planteamientos, por la terminología que utilizan, siguen remitiéndose a la responsabilidad civil derivada del delito de los artículos 109 y siguientes del Código Penal. Todo lo cual ha sido consagrado normativamente en el artículo 319.3 del texto punitivo.

Hay que poner de manifiesto que este criterio interpretativo tiene indudables repercusiones prácticas. Así, tras haber sido decretada la demolición y precisamente con el objeto de hacer efectiva la obligación de demoler, se ha de exigir su cumplimiento por parte de los Tribunales como requisito para conceder la suspensión de condena. Téngase en cuenta que el artículo 81.3 del Código Penal establece como una de las condiciones necesarias para conceder la suspensión de condena "que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado...".

En ocasiones, sin embargo, la propia resolución judicial concede directamente al condenado un plazo para demoler, cumplido el cual sin haberse llevado a cabo la demolición, el Juez procede a decretar el ingreso en prisión. Lo que sí es importante reseñar es que, aun a pesar de la falta de antecedentes sobre esta medida y de las discusiones que todavía se prolongan sobre su naturaleza jurídica, los Tribunales de diversas provincias ya vienen acordando demoliciones a instancia de las Secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías.

También hay que subrayar que la mayoría de las resoluciones judiciales dictadas sobre esta materia hasta el presente momento insisten en el hecho de que la demolición debe ser la regla general más que la excepción. Este criterio ha quedado nítidamente expresado en la sentencia de 29 de julio de 2008 de la Audiencia Provincial de Sevilla, precisando que "entendemos que, por regla general, no cabe otra forma de reparación de la legalidad alterada que la demolición de lo irregularmente construido de modo que habrán de ser, en su caso, circunstancias excepcionales las que puedan llevar al Tribunal a ejercer la facultad que se le atribuye en este

apartado 3 del artículo 319 del Código Penal en el sentido de no acordar la demolición, no para acordarla". En la misma línea, la sentencia de 15 de diciembre de 2010, siguiendo, a su vez, a la sentencia de 28 de mayo de 2010 de la Audiencia Provincial de Almería, señala que "la demolición debe ser la regla general como única medida posible para restaurar el daño causado al bien jurídico protegido, porque de otra forma se perpetuaría el daño causado sin solución, lo que supondría la ineficacia de la finalidad preventiva que pretende la norma penal, que se eludiría fácilmente sin mucho riesgo ni personal ni económico".

En esa línea, hay que significar que el nuevo contenido del artículo 339 del Código penal, que establece que "los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado...", permite colegir que se quiere reforzar ese carácter de regla general de la demolición. Es cierto que el apartado tercero del artículo 319 del Código Penal señala que "en cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor de hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe", y que la expresión "podrán ordenar" establece una posibilidad de decisión por parte del órgano judicial. Pero también es cierto, sin embargo, que la nueva redacción del artículo 339, en la que se dice taxativamente que el órgano judicial "ordenará", lleva a pensar que lo que quiere el legislador es reforzar la idea de que es necesario devolver al entorno a su estado original, siempre que sea posible y como planteamiento inicial.

A mayor abundamiento, el propio artículo 319, además de utilizar el verbo "poder", utiliza la expresión "en cualquier caso". Pues bien, la manera de compatibilizar ambos planteamientos terminológicos viene bien expresada en la sentencia del Juzgado de lo Penal n. 13 de Sevilla de 10 de febrero de 2011, que señala que "ciertamente el precepto que analizamos establece la demolición de forma no imperativa, pero no cabe una lectura simplista de la expresión <podrán>, de una parte porque debe compatibilizarse con la expresión <en cualquier caso> con que principia la norma y, de otra, porque deberá así mismo reinterpretarse sobre la necesidad de motivación de tal acuerdo. Tampoco debe sobredimensionarse la exigencia de motivación, que no es sino el reflejo del deber general contenido en la Constitución, ni menos aún sostener que sólo cuando concurra una especial motivación podrá acordarse la demolición...".

Precisamente por ello es muy importante que se vigile con especial atención el cumplimiento de esta perspectiva y de estos principios, evitando conformidades en las que el acuerdo consista precisamente en dejar de exigir la demolición de lo ilegalmente construido o edificado por parte del propio Ministerio Fiscal. Tal como ha reflejado reiteradísima jurisprudencia, no acordar el derribo favorece la sensación de impunidad que provoca que no se consigan los efectos preventivos generales a que deben dar lugar las condenas por delitos sobre la ordenación del territorio.

Una perspectiva que merece la pena traer a colación, dado que viene suscitándose con alguna frecuencia, es la relativa a la suspensión de la demolición en la sentencia, siendo así que aun tratándose de una edificación ilegal por la que se ha dictado condena, existen, sin embargo otras edificaciones en la zona contra las que no se ha procedido, habiéndose producido por lo tanto una urbanización consolidada y planteándose su posible legalización futura. La respuesta a ese planteamiento, sin embargo, no debe ser otra que la que acertadamente

refleja la sentencia del Juzgado de lo Penal número Cuatro de Sevilla de 31 de marzo de 2011: "esta alegación no puede admitirse. En otras resoluciones este Juzgado ha dicho que el hecho consumado no puede convertirse en el destino aparentemente inevitable de la ordenación del territorio y ello sería dar entrada a la ley de la selva en el ámbito urbanístico...y las interesadas perspectivas de legalización se quieren basar en la presunta impunidad de otros y en una especie de trágala colectivo que más tarde o más temprano dará lugar a la modificación normativa que haga falta". Sigue la sentencia precisando que esa visión expuesta es inadmisibles, además, "puesto que ello equivale a decir que la única norma urbanística que en verdad existe es la voluntad del que construye, pues a la larga es su voluntad la que prevalecerá y que cuando más extensa sea la ilegalidad antes desaparecerá, que la ordenación urbanística concreta del suelo es sólo un obstáculo más y que las multas administrativas e, incluso, la pena que se pueda imponer es una especie de gasto más a computar en el coste de la, por otra parte, siempre pingüe edificación".

IV. EL COMISO

El apartado tercero del artículo 319 del Código Penal, después de hacer referencia a la demolición, señala que "en todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar". Esta referencia al comiso en el citado artículo resulta un tanto sorprendente, dado que esta institución viene regulada de manera expresa en el artículo 127 del Código Penal, es decir en la parte general del mismo y como una "consecuencia accesoria de la pena", frente a la regulación del Código Penal de 1944, en la que aparecía como una "pena accesoria". Según nuestro sistema legal ambas opciones podrían considerarse perfectamente válidas, dado que, tal como se pone de relieve en el artículo 1 de la Decisión Marco 2005/212/JAI, del Consejo, de 24 de marzo de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, se entiende por decomiso "toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien". Conviene insistir, no obstante, en que la actual regulación deja bien claro que estamos ante una consecuencia accesoria de la pena.

Un sector de la doctrina ha venido entendiendo que la referencia al comiso en el artículo 319.3 del Código Penal carece de fundamento y es innecesaria, dado que se limita a reproducir el régimen general en materia de comisos expuesto en el artículo 127 del Código. En otros casos, la doctrina ha venido a manifestar que, en este tipo de supuestos, cuando la ponderación del Juez concluya que no debe demolerse el edificio, ello no puede redundar en beneficio de quien cometió el delito, por lo que debería acudir indefectiblemente al comiso. Lo cierto es que la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso cita expresamente "los delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas", al referirse en el artículo 14 a la lista de delitos respecto a los cuales no se aplicará el principio de doble tipificación respecto a la ejecución en España de resoluciones de decomiso firmes adoptadas por el Estado de emisión. Es evidente que esta Ley, anterior a la reforma del Código Penal de 22 de junio de 2010, se refiere a los delitos contra el medio ambiente en general, incluido el tráfico de especies. Por lo tanto, no era necesaria esa doble mención al decomiso para los delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo. Es más, podría pensarse que, con esa doble cita, lo que se

pretende es primar el comiso frente a la demolición, ante la dificultad que cualquier tipo de demolición conlleva en España. Lo cual supondría que siempre cabría recurrir al comiso cuando, en última instancia, no se pudiera llevar a cabo la demolición.

Este planteamiento podría llevar incluso a que se procediera a pedir, subsidiariamente a la demolición, el comiso de la edificación o del valor de la misma. Ello es así dado que, tal como se ha puesto de manifiesto al examinar la demolición prevista el artículo 319.3 del Código Penal, y aunque todavía no es una materia en la que exista una plena unidad de criterios, la gran mayoría de la jurisprudencia española se inclina por considerar que la demolición es una forma de responsabilidad civil. Pues bien, si se pidiese la demolición y, subsidiariamente, el comiso, siendo así que, como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo (sentencia de 20 de noviembre de 1997, entre otras), el comiso "es cosa distinta de la responsabilidad civil ex delicto", y guarda "una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador...", se estaría planteando una medida (la demolición) y subsidiariamente otra (el comiso) de una naturaleza completamente distinta y cuya ejecución, por lo demás, podría llevar a indagaciones complementarias que acabarían delatando un posible delito de receptación, tal como ha puesto de manifiesto la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo que acaba de citarse. Ese erróneo uso subsidiario podría llevar a colegir que estamos ante dos medidas alternativas y que ante la ineficacia de una de ellas se podría optar por la otra.

Lo cierto es, sin embargo, que la expresión o fórmula "en todo caso" que inicia el régimen de aplicación del comiso en el artículo 319.3 presupone que el comiso no se puede utilizar como última opción frente a la demolición sino que se aplicará en cualquier tipo de supuesto.

V. LA PREVARICACIÓN URBANÍSTICA DEL ARTÍCULO 320

La primera novedad que se introduce en el contenido del artículo 320, con la reforma del Código Penal de 22 de junio de 2010, es la ampliación del ámbito de los objetos sobre los que recae la conducta prevaricadora. Así, se dice que comete prevaricación urbanística la autoridad o funcionario que hubiere "informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes". Por su novedad, en relación con la redacción previa a la reforma, algunos de estos conceptos requieren una clarificación.

Hay que reseñar, de entrada, que "los instrumentos de planeamiento", tal como precisa, entre otras muchas, la sentencia de 6 de noviembre de 2007 de la Sala III del Tribunal Supremo, "conforman el ordenamiento jurídico urbanístico". A tal efecto, la sentencia en cuestión añade que "los instrumentos de planeamiento tienen naturaleza normativa, aún con las peculiaridades muy acusadas que los singulariza del resto de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, y así dentro de las disposiciones reglamentarias, ha de admitirse que constituyen una especie singular dentro del género de las disposiciones generales. Conforman, pues, el ordenamiento jurídico urbanístico, siendo predicable de los mismos los principios que caracterizan y conceptúan el Derecho positivo. Como disposición de carácter general, se reproducen las técnicas y efectos de su impugnación. Como disposición de carácter general, para su eficacia necesitan su publicación en periódicos

oficiales". Es decir, el planeamiento urbanístico es norma y, por ende, es necesario sujetarse al mismo. El planeamiento, por lo demás, disfruta de las mismas características y condiciones que cualquiera otra disposición normativa de carácter general.

Por otra parte, según señalaba el artículo 257 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, la parcelación es la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando puede dar lugar a la constitución de un núcleo de población. Esa misma norma consideraba ilegal la parcelación, a efectos urbanísticos, cuando era contraria a lo establecido en el planeamiento aplicable o infringía lo dispuesto en la legislación urbanística. A su vez, la Ley de Suelo y Valoraciones de 1998, en su artículo 20.2, prohibía las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable o rústico. La regulación actual, plasmada en el artículo 17.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, establece que "la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes, sólo es posible si dos o más de las resultantes reúnen las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. Esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya en derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva". La normativa autonómica desarrolla esta previsión y, así, la Ley sectorial andaluza recoge, incluso, aquellos actos que consideran indicativos de una posible parcelación urbanística. Así, el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, entiende que son actos reveladores de una posible parcelación urbanística "aquellos en los que mediante la asignaciones de usos o cuotas en pro indiviso de un terreno, fincas, parcelas, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diverso titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación...".

Según se pone de manifiesto en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1991, las parcelaciones ilegales constituyen una de las mayores agresiones que se puede producir contra el ordenamiento urbanístico, por lo que tienen régimen disciplinario propio. De hecho, según se desprende del artículo 207.3 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y del Medio Rural de Galicia, la declaración de ilegalidad de una parcelación conlleva la imposibilidad de considerar solares y, por tanto, de edificar en los lotes resultantes de la parcelación ilegalmente efectuada. En consecuencia, la Administración deberá proceder a aplicar la correspondiente sanción, así como las medidas necesarias para restablecer la realidad física alterada.

Por otra parte, en la redacción previa a la reforma de 22 de junio de 2010, el artículo 320 parecía incompleto al no contemplarse expresamente la hipótesis de responsabilidad omisiva. Lo cual parecía un tanto incomprensible, especialmente considerando que se trataba de una posibilidad que ya venía expresamente prevista en el artículo 329 en caso de prevaricación ambiental, al referirse a autoridades o funcionarios que "con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen". Con este tipo de ausencias se podía dar pie a que terceros atentasen contra el ordenamiento

urbanístico, ya que previsiblemente podían ampararse en una autorización jurídicamente eficaz. En todo caso, la aceptación jurisprudencial de la comisión por omisión en la prevaricación ordinaria del artículo 404 del Código Penal (sentencias de 29 de octubre de 1994, 27 de diciembre de 1995, 5 de enero de 2001, etc.) consecuencia del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997, vino a abrir, sin duda, nuevas posibilidades a la aplicación de la comisión por omisión en el contexto del artículo 320. Un ejemplo de que los Tribunales no han tenido demasiados problemas a la hora de afrontar esa posibilidad es la sentencia de 19 de abril de 2010 del Juzgado de lo Penal número 7 de Málaga, entre otras. En este caso, el Juzgador, después de condenar al autor de una construcción ilegal, condena igualmente al Alcalde-Presidente de la Corporación dado que el mismo "tenía la obligación legal de velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística en el territorio de su Municipio...".

En cualquier caso el problema ha quedado definitivamente resuelto con la nueva redacción que la reforma de 22 de junio de 2010 ha proporcionado al artículo 320. La nueva redacción del precepto se refiere a la autoridad o funcionario público "que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio". Dada su homogeneidad, la referida conducta ha de ser interpretada en los términos en los que el Tribunal Supremo ha hecho aplicación de la prevaricación medioambiental, y, en particular, de acuerdo con los criterios establecidos en la Sentencia de la Sala II de 24 de mayo de 2003, a la que se aludirá posteriormente al tratar el artículo 329 del texto punitivo.

Precisamente la especialidad que dentro del concepto general de prevaricación ostenta el artículo 320, acompañada de los graves sucesos y los perturbadores casos de corrupción que se han producido en España en materia de urbanismo, llevaron en su momento (1995) al legislador a introducir la pena de multa o de privación de libertad, junto a la inhabilitación especial prevista para los supuestos ordinarios de prevaricación en el artículo 404. Partiendo de esos mismos planteamientos y del hecho de que los supuestos de corrupción urbanística han aumentado en España, todo ello ha determinado que la tendencia a aumentar las penas haya continuado. Con la reforma de 22 de junio de 2010 la alternativa entre multa o privación de libertad que concedía la anterior redacción de la norma, plasmada en la conjunción disyuntiva "o", se ha convertido en la conjunción copulativa "y", de manera que actualmente viene prevista la aplicación tanto de la pena económica, como de la pena de privación de libertad, que, por lo demás, se ha incrementado notablemente frente a la opción previa a la actual y nueva redacción.

VI. EL NUEVO CONCEPTO DE "ALTA MAR" DEL ARTÍCULO 325

La referencia al nuevo concepto "alta mar" que aparece en el artículo 325 como consecuencia de la reforma de 22 de junio de 2010 es el resultado de la decisión de la Unión Europea de criminalizar las conductas consistentes en vertidos al medio marino, especialmente después del desastre ambiental provocado por el buque Prestige, frente a las costas españolas, el 13 de noviembre de 2002 y, unos años antes, del vertido del buque Erika, frente a las costas francesas. Es por eso por lo que el Considerando (8) de la Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, sobre contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, señala que "las descargas contaminantes procedentes de buques deben considerarse infracciones si se han realizado de forma intencional o con imprudencia temeraria o

negligencia grave. Estas infracciones se consideran delictivas con arreglo a las disposiciones de la Decisión marco 2005/667/JAI, que completan la presente Directiva y en las circunstancias previstas en dicha Decisión". A su vez, la Directiva 2009/123/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, que reforma la anterior, añade también en su Considerando (8) que "la presente Directiva debe obligar a los Estados miembros a prever sanciones penales en sus legislaciones nacionales con respecto a las descargas de sustancias contaminantes a las que la presente Directiva se aplica". Pues bien, dicho esto, la primera de las directivas, la Directiva 2005/35/CEE, cuando se refiere en el artículo 3 a su ámbito de aplicación, menciona de manera expresa, en el apartado e) del artículo en cuestión, a "la alta mar". Es evidente que esta referencia suscita interesantes cuestiones tanto de naturaleza penal propiamente dicha como de carácter procesal penal que deberán de resolver nuestros Tribunales.

En cualquier caso, y con el objeto de facilitar la aplicación de esta norma, sí puede resultar conveniente la clarificación de algunos puntos. En primer lugar, el concepto de "alta mar" viene detallado en el artículo 86 de la Convención de Montego Bay, de la que es parte tanto España como la Unión Europea, entendiéndose, por exclusión, que este concepto comprende las partes del mar que no forman parte del mar territorial, de las aguas interiores, la zona económica exclusiva y las aguas archipelágicas.

Los artículos 6 y 7.1 de la Directiva 2005/35/CE proporcionan pautas a seguir en relación al "modus operandi" aplicable cuando el buque que, aparentemente, haya contaminado o esté contaminando, se encuentre en un puerto o terminal costera de un Estado miembro de la Unión Europea, o cuando haga escala en el puerto de un Estado miembro o en el puerto de un Estado no comunitario.

A su vez, del examen del apartado 2 del artículo 7 de la Directiva se desprende que, cuando se trate de vertidos efectuados dentro de la zona económica exclusiva, que comprende 200 millas desde la costa, será necesario que los mismos supongan "un perjuicio considerable o amenacen con suponer un perjuicio considerable para la costa o intereses conexos del Estado miembro ribereño de que se trate o para cualquiera de los recursos de las zonas indicadas en el artículo 3, apartado 1, letras b) o d)" (es decir aguas territoriales o zona económica exclusiva).

La Directiva no alude, en cambio, a repercusiones a nivel de riesgos o perjuicios en zonas costeras cuando el vertido se haya efectuado en alta mar, lo cual no implica en modo alguno que no pueda ocurrir. En cualquier caso, de no afectar a aguas o costas españolas, habrá que entender que se ha cometido el hecho delictivo siempre que -a tenor de las pruebas existentes, es decir, cantidad de sustancia vertida, tipo y características de la misma, etc.-, del punto en el que se haya realizado el vertido pueda inferirse el peligro o perjuicio a la flora o la fauna. El hecho de que el artículo 325 haga referencia a los vertidos "en alta mar" y que los mismos puedan "perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales", no debe de entenderse como centrado exclusivamente en los sistemas naturales del territorio o de las aguas españolas, porque no lo entiende así la Directiva. Téngase en cuenta que la normativa comunitaria está regida, prácticamente desde sus inicios, por el principio de subsidiariedad, lo que implica que la misma debe de ser íntegramente respetada, sin perjuicio de que los Estados miembros, partiendo de esa normativa, puedan ser más estrictos o más escrupulosos, pero en modo alguno más laxos.

Lógicamente, la Directiva no hace indicaciones en relación a la organización interna, o de carácter procesal, de los Estados en la materia, que, como no podría ser de otra forma, se regirá por el sistema propio de cada Estado miembro.

En relación con nuestro sistema interno cabría hacer las siguientes consideraciones. Como es sabido, el artículo 23.4. h) de la Ley Orgánica del Poder Judicial admite expresamente la posibilidad de extender esa jurisdicción, cuando así venga previsto, según la citada norma, en "tratados y convenios internacionales". El tratamiento que a este punto le ha dado el Tribunal Supremo viene plasmado en las sentencias de 29 de diciembre de 2008 y 24 de febrero de 2010, entre otras, que destacan que "el apartado h) del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a la jurisdicción española el conocimiento de los hechos cometidos fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse como algunos de los siguientes delitos: genocidio, terrorismo, etc., para terminar esta lista con el mencionado apartado h) que se extiende a cualquier otro delito que según los convenios y tratados internacionales, deba ser perseguido por España". Es decir, en lo que se refiere a ese punto específico existe una previsión en la Ley Orgánica del Poder Judicial permitiendo esa posibilidad expansiva que en materia de medio ambiente abre el concepto "alta mar".

En lo que se refiere a vertidos dentro de la zona económica exclusiva española, y dado que el propio artículo 7.2 de la Directiva 2005/35/CE, alude a perjuicios o peligros con afectación a la costa, habrá que determinar el órgano judicial competente en la zona afectada por el peligro o perjuicio. Otro tema será determinar el órgano judicial español competente cuando los vertidos lo hayan sido en alta mar.

En relación a la primera cuestión, admitida esa expansión jurisdiccional, y a la hora de determinar la competencia territorial, debemos partir del contenido del artículo 3.1 de la norma comunitaria. De entrada observamos que en sus párrafos a), b), c) y d) la Directiva 2005/35/CE se refiere a supuestos de entornos marinos (aguas interiores, aguas territoriales, zona económica exclusiva, etc.) en los que, por ser considerados parte integrante del territorio y aguas nacionales, tal como pone perfectamente de manifiesto el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, no debería suscitarse, en principio, duda alguna sobre la competencia jurisdiccional ordinaria. Se trataría del "territorio geográfico compuesto tanto por el espacio terrestre, como el marítimo y aéreo, territorio político que sería aquel sobre el que el Estado español aplicaría su soberanía y jurisdicción...", según la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2000. En tal caso el órgano judicial competente sería aquel al que correspondiera la zona afectada por el vertido, aplicándose las reglas de los artículos 14 y 15 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El apartado e) de la norma comunitaria, sin embargo, tal como se adelantaba, ya no se refiere a entornos marinos equiparables al territorio nacional sino que habla, de manera expresa, de vertidos en "alta mar". En tal caso, siendo así que el artículo 65.1.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial indica que la Audiencia Nacional es competente para conocer de "delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las Leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles" y relacionando esta norma con el artículo 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de lo indicado se desprende que para tal tipo de supuestos el Juez competente sería el correspondiente Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional.

VII. NUEVAS CONDUCTAS DEL ARTÍCULO 328

El artículo 328 es uno de los preceptos que más cambios ha sufrido con la reforma del Código Penal. De hecho, salvo el apartado primero, en el que cambian exclusivamente las penas conminadas, el resto de la norma es completamente nuevo.

El apartado segundo establece la misma pena aplicable a la conducta descrita en el apartado anterior, a los que "lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos", siempre y cuando tal actividad "cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas". Es necesario además que tales actividades se lleven a cabo "contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general".

Lo cierto es que con la redacción de este apartado se abre la puerta a toda una serie de nuevas posibilidades, al margen de los planteamientos ambientales estrictos, tales como la elaboración, profesional o no, de productos de pirotecnia o supuestos similares al margen de la normativa legal que difícilmente tenían cabida con anterioridad, por ejemplo, entre los delitos contra la seguridad colectiva. Lo que queda claro es que, en tal tipo de casos, aun existiendo una perspectiva que afecta a la seguridad, el legislador ha acabado primando el planteamiento ambiental que tal tipo de conductas conlleva.

El apartado tercero alude a conductas tales como "la recogida, transporte, la valorización, la eliminación o el aprovechamiento de residuos" añadiéndose "siempre que pongan en grave peligro la vida, integridad o salud de las personas o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas". La norma prevé además la realización de tales conductas en comisión por omisión al señalar que queda "incluida la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimientos". Hay que poner de manifiesto que si bien conductas como "la recogida", "el transporte", etc. no requieren ninguna explicación adicional, algunas otras, como "la valorización" sí la exigen. El apartado r) del artículo 3 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados señala que la valorización es "cualquier operación cuyo resultado principal sea que el residuo sirva a una finalidad útil al sustituir a otros materiales, que de otro modo se habrían utilizado para cumplir una función particular, o que el residuo sea preparado para cumplir esa función en la instalación o en la economía en general. A su vez, el Anexo II de la reciente Ley de Residuos y Suelos Contaminados recoge una lista, que la propia ley califica de "no exhaustiva", de operaciones de valorización. De hecho, es un concepto cercano al reciclaje, pero más amplio que el mismo. El reciclaje, según el apartado t), artículo 3 de la Ley citada, es "toda operación de valorización mediante la cual los materiales de residuos son transformados de nuevo en productos, materiales o sustancias, tanto si es con la finalidad original como con cualquier otra finalidad. Incluye la transformación del material orgánico, pero no la valorización energética ni la transformación en materiales que se vayan a usar como combustibles o para operaciones de relleno". Así, reciclar supone, por ejemplo, utilizar vidrio desechado para producir una nueva botella. No comprenderá, en cambio, la incineración de biomasa o residuos en una central térmica, lo que, sin embargo, sí es "valoriza(residuos a través de la generación de energía. A tenor de lo dicho se comprende fácilmente que los daños ambientales se pueden producir con mayor facilidad con la valorización que con el reciclaje, que en la práctica no es sino una valorización limitada a determinados

productos y operaciones.

El apartado cuarto del presente artículo se refiere al que "contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general traslade una cantidad importante de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados", sin que, a diferencia de los apartados anteriores, se haga referencia a la producción de peligro grave alguno. Se trata, consecuentemente, de una conducta delictiva que adquiere virtualidad por el hecho de efectuar el traslado de los residuos "contraviniendo leyes u otras disposiciones de carácter general", siempre y cuando ese traslado sea de "una cantidad importante".

En relación al primer punto, cuando la norma habla de leyes o disposiciones de carácter general, se entenderá como tales tanto las normas nacionales como internacionales (Convenio de Basilea, Convenio MARPOL, etc.) y comunitarias (Reglamento 2006/1013/CE, de 14 de julio, etc.), lo cual indefectiblemente obligará a velar por el cumplimiento de la normativa reguladora de la materia por parte de las autoridades aeroportuarias y aduaneras. Se trata además de supuestos en los que la investigación posiblemente exigirá contactar con autoridades situadas fuera del ámbito territorial europeo -especialmente de países con condiciones económicas precarias o menos desarrollados, a los que normalmente van dirigidos este tipo de residuos- y organizar equipos de investigación conjuntos con otros Estados. Este apartado cuarto podría ser aplicado conjuntamente con el apartado tercero de tratarse de un supuesto de traslado de residuos en el que, además de efectuarse una vulneración de la normativa reguladora de la materia y en cantidades importantes, el mismo implique un peligro para la vida, integridad, salud de las personas, etc., dado que se trataría de dos conductas delictivas distintas.

En relación al segundo punto, podría colegirse, por lo tanto, que en este supuesto el calificativo "importante", aplicado al sustantivo "cantidad", funciona como elemento diferenciador entre delitos e infracciones administrativas. La dificultad radica en que nuestros Tribunales, comprensiblemente, no se han pronunciado de momento sobre qué es o en qué consiste una cantidad importante. Es cierto que esa indefinición constituye una dificultad. Sin embargo, si a la hora de plantear la concreción del concepto "cantidad importante" nos retrotraemos a las reflexiones realizadas en su momento en relación al concepto de "perjuicio grave" del antiguo artículo 347 bis, cuando se decía que sus "contornos difusos...obligarán a una difícil tarea de concreción judicial, prácticamente caso por caso", comprenderemos que en el presente momento esa concreción puede ser complicada, pero que a medida que la jurisprudencia se vaya definiendo sobre el tema esa interpretación será más fácil. No se olvide que, en la segunda sentencia sobre el delito contra el medio ambiente de la Sala II del Tribunal Supremo, de 11 de marzo de 1992, la Sala definía el concepto "peligro grave" casi desde una perspectiva de incertidumbre, al señalar que es "aquel que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas. Ello implica un juicio de valor y, por lo mismo, es eminentemente circunstanciar. En consecuencia, habrá que afrontar el concepto "cantidades importantes" aplicándole idéntico planteamiento.

El apartado quinto precisa que "cuando con ocasión de las conductas previstas en los apartados anteriores se produjera, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los jueces o tribunales apreciarán...". Es evidente que este "dictum" se aplica el resto de apartados de la norma, excepto al cuarto, en el que no aparece referencia alguna al riesgo o peligro.

VIII. LA PREVARICACIÓN OMISIVA DEL ARTÍCULO 329

La novedad introducida en el artículo 329 -merecedora de un breve comentario que, habida cuenta la identidad de términos, sería extensible al artículo 320- es la que se refiere a "la autoridad o funcionario público... que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio". De entrada hay que poner de manifiesto que esta regulación omisiva es perfectamente lógica dado que existe un hecho principal lesivo que el funcionario no impide o denuncia, teniendo la obligación de hacerlo. Sin embargo es evidente que la regulación penal de esta conducta omisiva existente hasta la reforma de 22 de junio de 2010 no era completa. Se hablaba de "silenciaren la inspección la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general, sin que existiera referencia alguna a la omisión de inspecciones, lo cual era a todas luces incomprensible.

En este supuesto, la jurisprudencia se adelantó al legislador y acabó dando una solución a esa situación de ausencia de regulación, de lo que es exponente la sentencia de 24 de mayo de 2003 de la sala II del Tribunal Supremo. Según la citada sentencia "la acción típica viene integrada no sólo por conductas activas (informar favorablemente), sino también omisivas (silenciar infracciones normativas de carácter general con ocasión de sus inspecciones). Nadie discute que, a pesar de la descripción utilizada, el tipo específico encierra en sí el contenido de la prevaricación genérica, lo que nos lleva a la posibilidad de admitir la comisión por omisión...Partiendo del hecho de que, en ningún momento, se realizó la inspección como señala la sentencia recurrida, lo cierto es que después del reproche de esa inactividad, llega a la consideración de que esta conducta omisiva no encaja en el tipo del artículo 329 del Código Penal. Con ello entra en la paradoja, señalada acertadamente por el Ministerio Fiscal, de penalizar conductas activas, como es llevar a cabo la inspección, cuando el funcionario que la realiza, se supone que por motivos ilícitos, silencia la infracción de normas reguladoras del medioambiente y sin embargo la tolerancia, consentimiento e inactividad ante una industria contaminante resultaría impune. La función fiscalizadora y garante del Alcalde se declara en la sentencia de 29 de septiembre de 2001". Es por ello por lo que con la reforma de 2010 se ha añadido a la primera conducta omisiva una segunda consistente en "que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio".

IX. CRITERIOS INTERPRETATIVOS RELATIVOS A LOS ARTÍCULOS 332, 333 Y 334

La única novedad que incorpora el artículo 334 tras la reforma de 22 de junio de 2010 es la referencia a "la destrucción o alteración grave de los hábitats", refiriéndose lógicamente a las especies amenazadas. El concepto de hábitats no tiene mayor dificultad interpretativa. La Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de fauna y flora silvestres, define al hábitat de una especie en su artículo 1 como "e/ medio definido por factores abióticos y bióticos específicos donde vive la especie en una de las fases de su ciclo biológico". Este mismo concepto se reproduce, a su vez, en el artículo 3, apartado 21) de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, dedicado a definiciones a los efectos de la Ley. Pero es que, a mayor abundamiento, el concepto de hábitat ya venía referido en el artículo 332 sobre corta, tala, etc. de flora amenazada. Lo que ha hecho el legislador con esta novedad no ha sido sino incorporar un término que debía haber sido incluido con anterioridad al artículo 334, con el fin de lograr una plena equiparación terminológica entre el artículo 332, sobre flora amenazada, y el artículo 334, sobre fauna amenazada.

Sin embargo, sí hay aspectos de interés que conviene poner de manifiesto porque afectan a ambos artículos (332 y 334) y que, si bien no tienen que ver con la reforma del Código Penal que ahora se está analizando, sí tienen relación con otras novedades legales que se vienen produciendo en el ámbito administrativo y que afectan al contenido de ambas normas. Tal como se ha puesto de relieve, los dos artículos se refieren a especies de flora y fauna amenazada. A su vez, las especies amenazadas, para que sean consideradas como tales, tienen que haber sido incluidas en el catálogo correspondiente. En ese sentido, el apartado 1 del artículo 55 de la Ley 42/2007 establece que "en el seno del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial se establece el Catálogo Español de Especies Amenazadas...".

Previamente a la Ley 42/2007, el RD 439/1990, de 30 marzo, regulaba el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, habiendo sido actualizado por la Orden de 9 de julio de 1991 y por los respectivos catálogos autonómicos. El Catálogo distinguía cuatro categorías de especies amenazadas, a saber:

- a) especies en peligro de extinción;
- b) especies sensibles a la alteración de su hábitat;
- c) especies vulnerables y
- d) especies de interés especial.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de mayo de 1999, realizó una interpretación restrictiva del RD 439/1990, en el sentido de que cuando se habla de especies amenazadas la ley penal deberá proteger como tales solamente a aquellas que verdaderamente lo estén. Así, de las cuatro categorías existentes, siguiendo al Tribunal Supremo, solamente las tres primeras se refieren verdaderamente a especies amenazadas. El alto Tribunal, analizando un supuesto de caza de la especie conocida como "pájaro carpintero" o "picapinos", incluida entre las especies de especial interés, vino a señalar que "fácilmente se advierte que las tres primeras categorías reseñadas [peligro de extinción, especies sensibles y especies vulnerables] afectan a especies sobre las que se cieme un peligro o amenaza, bien de extinción (artículo 29.a), bien de un hábitat (artículo 29.b), o bien porque por su vulnerabilidad corren el riesgo de pasar a las categorías anteriores. En cambio, las clasificadas de interés especial, por definición no pertenecen a ninguna de aquellas que se encuentran amenazadas, y si se encuentran catalogadas no es por razón de riesgo, sino, como explícitamente declara la norma, por un valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad'.

No obstante, dos años después el propio Tribunal Supremo, en la sentencia de 29 de noviembre de 2001, sí reconoció el carácter de especie amenazada, a los efectos del artículo 334, al "halcón peregrino", también incluido entre las especies de especial interés, dado que, desde un punto de vista objetivo, de acuerdo con las pruebas periciales practicadas, y al margen de su inclusión formal en el Catálogo, consideró que se trataba de una especie que "tiende a descender, habiendo casi desaparecido en ciertas zonas del centro de España", como era el caso en la provincia de Guadalajara. El Tribunal Supremo concluyó que se trataba de una especie "materialmente amenazada", lo que en la práctica suponía que su posición en el Catálogo no era la que formalmente tenía atribuida, sino una superior. Se seguía, así, una perspectiva interpretativa en su momento

abierta por el Tribunal Constitucional, con la sentencia 181/1998, de 17 de septiembre, sobre patrimonio histórico, poniendo de manifiesto que la ausencia de declaración administrativa del interés cultural de un bien no le priva de la protección que le proporciona el Derecho, habida cuenta el hecho de que, objetivamente y al margen de cualquier declaración, el mismo "integra el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español...".

La promulgación de la Ley 42/2007 supuso la creación, a tenor de su artículo 53, de un "Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial de carácter nacional, junto al que las Comunidades autónomas, a tenor del apartado 4 del artículo 53, podrán crear su listado particular. La razón de ser del Listado es incluir "especies, subespecies y poblaciones que sean merecedoras de una atención y protección particular en función de su valor científico, ecológico, cultural, por su singularidad, rareza, o grado de amenaza, así como aquellas que figuren como protegidas en los anexos de las Directivas y los convenios internacionales ratificados por España".

A su vez, su artículo 55 establece que en el seno del Listado se creará un "Catálogo Español de Especies Amenazadas". Además, según el apartado 1 del artículo 55, el Catálogo dispondrá de dos categorías, a saber:

- a) En peligro de extinción: taxones o poblaciones cuya supervivencia es poco probable si los factores causales de su actual situación siguen actuando.
- b) Vulnerable: taxones o poblaciones que corren el riesgo de pasar a la categoría anterior en un futuro inmediato, si los factores adversos que actúan sobre ellos no son corregidos.

El artículo 55 añade en su apartado 3 que "las Comunidades Autónomas, en sus respectivos ámbitos territoriales, podrán establecer catálogos de especies amenazadas, estableciendo, además de las categorías relacionadas en este artículo, otras específicas, determinando las prohibiciones y actuaciones suplementarias que se consideren necesarias para su preservación". A su vez, el apartado 4 del artículo citado precisa que "las Comunidades Autónomas podrán, en su caso, incrementar el grado de protección de las especies del Catálogo Español de Especies Amenazadas en sus catálogos autonómicos, incluyéndolas en una categoría superior de amenaza".

Es evidente que el nuevo panorama que se abre con la Ley 42/2007 en relación al Catálogo es distinto al panorama anterior. Sin embargo, y a la espera de la elaboración del Listado y del nuevo Catálogo, la Disposición Transitoria Primera de la Ley 42/2007 establecía que "las especies incluidas en el Catálogo español de Especies Amenazadas y que están catalogadas en alguna categoría no regulada en el artículo 55, mantendrán dicha clasificación, con los efectos que establezca la normativa vigente en el momento de entrada en vigor de esta Ley, en tanto no se produzca la adaptación a la misma". Pues bien, el Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas, crea, finalmente, tanto el listado como el nuevo catálogo.

Es interesante el hecho de que la inclusión, exclusión o cambio de categoría de alguna especie en el Listado o en el Catálogo puede hacerse tanto por parte de la Administración como a instancia de particulares u organizaciones (artículos 53.2 y 55.2) y que la inclusión de alguna especie en el Listado conllevará un control de

la misma a través de la evaluación periódica de su estado de conservación (artículo 53.3).

A través del nuevo sistema, y derogado ya el Catálogo anterior a tenor de la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas, debe ajustarse la aplicación de los artículos 332 y 334 a este nuevo planteamiento, pero teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1) El nuevo Catálogo será el aplicable, en sustitución del anterior.

2) Dado que las Comunidades Autónomas disponen de su propio margen de protección, basado lógicamente en las nuevas perspectivas que establecen los artículos 53 y 55, así como el Real Decreto 139/2011, habrá que ajustarse a lo que al respecto decidan las mismas. Todo ello sin perjuicio de que algunas de ellas, como es el caso de la de Madrid, pueden decidir, al menos hasta el presente momento, seguir utilizando los cuatro apartados del catálogo anteriormente existente (artículo 7 de la Ley 2/1991, de 14 de febrero, para la Protección de la Fauna y Flora Silvestre en la Comunidad de Madrid).

3) La regulación que establece el artículo 53, que permite cierto grado de protección a las especies del Listado que no están incluidas en el Catálogo, puede equipararse a la protección que hasta ahora se aplicaba a las "especies de especial interés" del Catálogo anterior. Se puede llegar a esa conclusión, en primer lugar, porque, tal como señalaba la sentencia de 19 de mayo de 1999 del Tribunal Supremo, anteriormente citada, "las clasificadas de interés especial, por definición no pertenecen a ninguna de aquéllas que se encuentran amenazadas, y si se encuentran catalogadas no es por razón de riesgo, sino como explícitamente declara la norma, por un valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad". Recuérdese que el Listado incorpora un número de especies determinado en el mismo porque, según el artículo 53.1, antes referido, estas especies son "merecedoras de una atención y protección particular en función de su valor científico, ecológico, cultural, por su singularidad, rareza...". Es decir, vienen a ser los mismos argumentos que los reflejados por el Tribunal Supremo en su sentencia de 1999 y por el artículo 53.1 de la Ley 42/2007. A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que la redacción de la Ley 42/2007 y del Real Decreto 139/2011 permite márgenes flexibles de inclusión, exclusión o cambio de categoría de especies. Precisamente esa flexibilidad avala la posición anteriormente expuesta en la sentencia 181/1998, de 17 de septiembre, del Tribunal Constitucional, que permite plantear la protección de una especie no reconocida como merecedora de protección si existen factores objetivos que así lo aconsejan. Es decir, la propia norma establece los cauces para poder apreciar esos factores objetivos que pueden llevar a concluir la mayor necesidad de protección de una especie concreta en un momento determinado.

Finalmente, en relación al artículo 333, que en principio no ha sufrido tampoco modificación alguna en su contenido, salvo el añadido del último párrafo relativo a la inhabilitación, sí es necesario subrayar que el artículo 9.2º de la Ley 42/2007 se refiere a la creación, por parte de las autoridades españolas, de un Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras. A ese respecto hay que señalar que el Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino está actualmente elaborando el Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras y el Listado de Especies Exóticas con Potencial Invasor. Con lo cual los Sres. Fiscales, en su momento, podrán remitirse al mismo, disponiendo con ello de una mejor y más adecuada infraestructura normativa a la hora de aplicar el

artículo 333 del Código Penal.

X. CRITERIOS EN RELACIÓN CON LA CAZA O PESCA DE OTRAS ESPECIES DEL ARTÍCULO 335

El artículo 335 del Código Penal sanciona al "que cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca...". Recuérdese que el "artículo anterior" es el artículo 334, que se refiere a las especies amenazadas. Pues bien, tal como está redactado el contenido actual del artículo 335, esa nueva redacción altera la perspectiva previa a la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, que entró en vigor el día 1 de octubre de 2004. La regulación anterior del artículo 335 se refería a las especies cuya caza o pesca no estuviese expresamente autorizada por las normas específicas en la materia. En definitiva, podía decirse que no se podía cazar o pescar nada salvo aquellas especies que las normas autonómicas de caza o pesca autorizaban. Lo cual estaba en clara consonancia con el anterior artículo 33.1 de la Ley 4/89 de Conservación de Espacios Naturales, que indicaba que "la caza y la pesca en aguas continentales sólo podrá realizarse sobre las especies que se declaren por las Comunidades Autónomas como piezas de caza o pesca, declaración que en ningún caso podrá afectar a las especies catalogadas o a las prohibidas por la Unión Europea". Planteamiento este que se mantiene, en esencia, con la redacción del artículo 62.1 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. En la redacción actual la referencia a "especies catalogadas" se sustituye por "especies incluidas en el Listado de Especies de Régimen de Protección Especial, manteniéndose el resto del precepto en los términos del anterior artículo 33.1 de la Ley 4/89.

El Código Penal, tras la reforma de 2003, parte de dos presupuestos: la existencia de unas especies amenazadas del artículo 334 del Código Penal, la ilegalidad de cuya caza es indiscutible, y la existencia de unas especies cazables, porque así lo determinan las Comunidades Autónomas, a tenor de la normativa administrativa complementaria (el artículo 33.1 de la Ley 4/89 y el nuevo artículo 62.1 de la Ley 42/2007, reemplazando al anterior). Esa complementación es absolutamente lógica dado que el Código Penal acude en este ámbito al sistema de accesividad administrativa y puesto que la Ley administrativa esencial reguladora de la materia señala que la caza o la pesca solamente podrán llevarse a cabo "sobre las especies que se declaren por las Comunidades Autónomas como piezas de caza o pesca".

A mayor abundamiento, y refrendando lo dicho, la Audiencia de Barcelona en sentencia de 2 de mayo de 2007, con remisión a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2002, precisa que "lo sancionado es la caza o pesca de especies para las que no exista la previsión de autorización, pero no la de aquéllas respecto de las cuales pueda darse tal posibilidad, por hallarse normativamente prevista, aun cuando condicionada a la obtención de una habilitación específica", señalando más adelante que "la caza afectó a una especie autorizada, si bien sometida a un régimen especial de permisos y limitaciones", lo que hace que la conducta sea atípica. La Audiencia de Barcelona añade que este precepto -artículo 335- debe interpretarse restrictivamente, y que "debe considerarse atípica penalmente la caza que tiene contemplada, por el ordenamiento jurídico, una previsión de autorización". La importante sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2006, analizando el tipo del artículo 335 en su redacción originaria en relación con el precedente del Tribunal Constitucional acerca del mismo, y siguiendo sus propias sentencias de 8 de febrero de 2000 y 22 de octubre de 2002, entiende que lo

que se sanciona es "la caza o pesca de especies para las que no existe la previsión de autorización, pero no la de aquellas respecto de las cuales pueda darse tal posibilidad, por hallarse normativamente prevista, aun cuando condicionada a la obtención de una habilitación específica", añadiéndose que "la captura de un ejemplar en una especie cuya caza está autorizada previa licencia o permiso especial, careciendo del mismo o fuera de los límites geográficos, temporales o cuantitativos administrativamente establecidos, constituye una infracción administrativa pero no se integra en el artículo 335 del Código Penal.

Posiblemente la sustitución de la expresión "caza o pesca no expresamente autorizada" del año 2003, dentro del artículo 335, por la expresión actual de caza pesca "expresamente prohibida" se deba a las consideraciones realizadas por la Sala II del Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de febrero de 2000, en la que la Sala cuestionó la constitucionalidad del precepto, señalando que "...no puede ignorarse que la técnica de tipificación utilizada, sancionando como delictiva toda acción de caza o pesca que tenga por objeto una especie animal cuya captura no esté <expresamente autorizada> por la normativa administrativa aun cuando tampoco esté <expresamente prohibida>, constituye una técnica difícilmente compatible con el principio de legalidad, que exige que el ámbito de lo delictivo se concrete a las conductas <expresamente prohibidas> (principio <pro libertate>) y no a todo aquello que, sin estar prohibido, simplemente no está <expresamente permitido>". Ahora, con la nueva redacción del artículo 335, los términos "expresamente prohibido" deben entenderse aplicables, tal como se adelantaba, al supuesto de caza o pesca de especies declaradas por las Comunidades Autónomas como piezas de caza o pesca en general, pero posteriormente prohibidas (por ejemplo, al comprobarse una disminución sustancial del número de individuos de la especie) o con una prohibición específica respecto a un determinado número de ellas o en una zona (por ejemplo, de comprobarse que sufren de sarna o algún otro tipo de parásitos o enfermedad similar, etc.). Además, el artículo 62.3.d de la Ley 42/2007 precisa que "se podrán establecer moratorias temporales o prohibiciones especiales cuando razones de orden biológico o sanitario lo aconsejen". En esa línea, la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2006 establece que "precisamente la modificación operada en el artículo 335 por la LO 15/2003 se orienta en esta misma dirección, utilizando ya una terminología más explícita y clara en el sentido dado por la jurisprudencia citada, de forma que se refiere a la caza o pesca de especies no amenazadas <cuando esté expresamente prohibido>".

Coincidiendo con lo dicho podría plantearse una situación de falta de regulación en una Comunidad Autónoma en materia de caza sobre una o varias especies, tal como denunciaba la Memoria de la Fiscalía de Asturias correspondiente al año 2006. Así se subrayaba en este documento que "el lobo no ha sido incluido entre las especies cinegéticas que define el Decreto 24/91, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Caza de Asturias. Las particulares características del territorio asturiano, de las explotaciones agrarias y de la administración de la actividad cinegética en la región, desaconsejan la declaración del lobo como especie cinegética. El lobo no ha sido incluido en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, creado por el Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo, y el resto de disposiciones que lo complementan, y tampoco ha sido incluido en el Catálogo Regional de Especies Amenazadas de la Fauna Vertebrada del Principado de Asturias, creado por el Decreto 32/90, de 8 de marzo. La situación actual de la especie en Asturias, su tendencia numérica en los últimos años y la evidente necesidad de aplicación de medidas de control de la población desaconsejan la inclusión del lobo en alguna de las categorías existentes en el Catálogo Regional de Especies Amenazadas de

la Fauna Vertebrada del Principado de Asturias". Añadiéndose que "en consecuencia, la situación legal del lobo en Asturias viene establecida por el marco general de protección que le otorga la Ley 4/89, a la espera de que una futura modificación de esta disposición legal permita la creación de una figura o categoría de protección en la que puedan incluirse las especies que, sin ser objeto de aprovechamiento cinegético ni pertenecer a una categoría de amenaza claramente definida, requieran determinadas medidas y actuaciones de gestión para la conservación de sus poblaciones".

Un aspecto que también procede clarificar es la tipicidad o atipicidad de la caza de una especie cazable cuando se realice fuera de los períodos hábiles. El Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de octubre de 2002, precisa que "lo sancionado es la caza o pesca de especies para las que no exista la previsión de autorización, pero no la de aquéllas respecto de las cuales pueda darse tal posibilidad, por hallarse normativamente prevista, aun cuando condicionada a la obtención de una habilitación específica", concretándose que "la caza afectó a una especie autorizada, si bien sometida a un régimen especial de permisos y limitaciones", y siendo así atípica la conducta. Con esa puntualización de la Sala II se aclaran muchos aspectos que han dado lugar a debate en los últimos años. Según precisa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de mayo de 2007, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, "por lo tanto, lo cierto es que también en este caso se trata de una conducta respecto de la cual existe una previsión de autorización, si bien los acusados no la obtuvieron y su conducta fue ejecutada fuera de los límites temporales o geográficos permitidos y sin la licencia que era posible obtener, por lo que debemos considerar que la conducta es atípica en una interpretación restrictiva del tipo penal que imponen sus propias características".

XI. NOVEDADES RELATIVAS AL MALTRATO DE ANIMALES DOMÉSTICOS DEL ARTÍCULO 337

El artículo 337 del Código penal presenta dos novedades de interés. En primer lugar, y frente a la redacción anterior, destaca la supresión del término "ensañamiento" que tanta controversia había suscitado, pues la exigencia de su concurrencia dejaba fuera de la aplicación de este tipo penal determinadas conductas que merecían un rotundo reproche social. Además, esta eliminación es perfectamente comprensible dado que al exigirse conjuntamente el ensañamiento, equiparado a crueldad, con el carácter de que sea injustificado, podría pensarse que hay un margen para admitir el maltrato cruel o para considerarlo justificado. Consecuentemente, la conducta prohibida en la actualidad se circunscribe al maltrato injustificado. En segundo lugar, objeto material de la conducta tipificada son ahora tanto los animales domésticos como también los "amansados".

En cuanto a los animales domésticos, el Diccionario de la Real Academia Española considera como tales a "los que pertenecen a especies acostumbradas secularmente a la convivencia con el hombre y no son susceptibles de apropiación", o dicho más simplemente y según el Diccionario del Español Actual, el animal doméstico es "el que vive en compañía del hombre". Lógicamente, esa convivencia no implica la cohabitación, en el sentido estricto del término, sino que es un concepto más amplio que implica que el animal doméstico está habituado al contacto o relación con el hombre.

En general, se ha venido considerando que el concepto de animal doméstico, a efectos de su aplicación penal, viene conformado por factores culturales y por la normativa administrativa, fundamentalmente autonómica, de

protección de animales. Desde la perspectiva de los factores culturales, el concepto "doméstico" comprendería, en principio, tanto las mascotas como los animales de granja y los destinados a la carga. Desde el punto de vista de la regulación administrativa autonómica, dentro del concepto de animales domésticos ha de englobarse, por un lado, el de animales de compañía, que son aquellos mantenidos por el hombre, principalmente en su hogar, por placer y compañía, sin que exista actividad lucrativa alguna respecto a los mismos (Comunidad de Madrid), y los que se crían y reproducen con la finalidad de vivir con las personas, con fines educativos, sociales o lúdicos, sin ninguna actividad lucrativa (Comunidad Valenciana). Además, y como ya se ha indicado, se debe incluir también en ese concepto a los animales de renta, trabajo o abasto, es decir, aquellos que conviven con el hombre y son mantenidos, criados o cebados para la producción de alimentos u otros beneficios económicos o utilidades. No parece que deban excluirse estos últimos cuando se da en ellos la nota fundamental de encontrarse bajo el dominio del hombre y en contacto permanente con él durante todo el período de su existencia. Al mismo tiempo, han de tenerse en cuenta las características propias del animal y, así, habrán de excluirse aquellos que sean fieros, silvestres y salvajes.

Junto a los animales domésticos, el nuevo artículo 337 ha incluido a los animales "amansados". Desde el punto de vista gramatical, animal amansado es el que, según de nuevo el Diccionario de la Real Academia Española, "mediante el esfuerzo del hombre, ha cambiado su condición salvaje, y si la recobra puede ser objeto de apropiación". En consecuencia, habrá que incluir en este concepto a aquellos animales que aún siendo silvestres o salvajes han sido dominados por el hombre hasta el punto de habituarse a su compañía, dependiendo del mismo para su subsistencia y habiendo llegado a coexistir pacíficamente con él y con otros animales. Hay que añadir sin embargo que, incluso antes de la última reforma del Código, ya existía una tendencia, incluso doctrinal, a considerar a los animales amansados como animales domésticos, dado que todos ellos -domésticos y amansados- dependen, tal como se ha adelantado, del cuidado de sus dueños para continuar su subsistencia. Ello incluiría animales exóticos tales como iguanas, camaleones, serpientes, etc., adquiridos como mascotas, o supuestos similares. En este caso, lógico es inferir que de salir el animal del ámbito doméstico para volver al ámbito natural perdería esa condición, sin que ello implique necesariamente la pérdida de la protección que les dispensa el Código de tratarse, por ejemplo, de alguna de las especies del artículo 334 de la norma penal. De igual manera, esa vuelta al ámbito natural, tratándose de una especie autóctona y si se produce intencionalmente por decisión de liberarla de su propietario, podría suponer la aplicación del artículo 333 del Código Penal.

Es preciso recalcar también que, a diferencia de la regulación anterior, el nuevo precepto no limita al grave menoscabo físico el resultado de las lesiones causadas sino que ahora utiliza un concepto más amplio cual es la salud del animal por lo que podrán incluirse otros padecimientos graves sufridos por el mismo, independientemente de la dificultad de su prueba.

Dicho maltrato injustificado puede producirse, según el nuevo artículo 337, por cualquier medio o procedimiento. Si con la redacción anterior se había admitido la comisión por omisión por parte de la doctrina y de algunas sentencias de las Audiencias Provinciales, aunque ciertamente no sin voces discrepantes, en el momento actual los términos utilizados despejan aquella controversia siendo indudable esta posibilidad. Por ello, deben

entenderse incluidos en el precepto aquellos casos, lamentablemente cada vez más frecuentes, de grave falta de atención y cuidado de los animales que han derivado en situaciones que cabe calificar como deplorables, al mantener a los animales en condiciones de desnutrición y absoluta falta de salubridad e higiene. Se trata de supuestos en los que, como ha señalado alguna resolución judicial, el animal "es abandonado a su suerte y condenado así a una lenta y segura agonía".

A lo anterior no obsta la existencia de la falta del artículo 631.2 que castiga a "quienes abandonen a un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad". Como señala la doctrina, así como numerosas sentencias de Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales, mientras el delito del artículo 337 es un delito de resultado, la falta transcrita está configurada como una infracción de peligro. Por ello, cuando no se trate de un simple abandono, con el peligro referido, sino que se produzca un resultado en los términos fijados en el citado 337, como en realidad ocurre con mucha frecuencia, los hechos deberán entenderse constitutivos de este último delito y no de falta.

XII. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La expresión "obras de urbanización, construcción o edificación", en lugar de la mera referencia a la "construcción o edificación" que contenía la redacción original del artículo 319 del Código Penal, implica un adelanto en la consumación del delito.

SEGUNDA.- En la nueva redacción del artículo 319 se habla de "obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables", frente a la redacción anterior que incorporaba las expresiones de "construcción no autorizada" (apartado primero) y "edificación no autorizable" (apartado segundo). Aun pudiendo parecer que existe una novedad, la propia jurisprudencia ya había puesto de relieve, muy anteriormente a la reforma del Código Penal, que cuando se realizaba una construcción no autorizada el carácter delictivo viene determinado, en la práctica, no sólo por no estar autorizada sino por no ser tampoco autorizable.

TERCERA.- En un proceso en el que la jurisprudencia avanza hacia el reconocimiento del carácter de responsabilidad civil de la demolición del apartado 3 del artículo 319 del Código Penal, se han de evitar las conformidades en las que el acuerdo consista precisamente en dejar de exigir la demolición de lo ilegalmente construido o edificado.

CUARTA.- La demolición y el comiso son medidas previstas en el Código Penal poseedoras de una naturaleza jurídica completamente distinta. Resulta por ello erróneo el uso subsidiario del comiso respecto a la demolición.

QUINTA.- La conducta prevaricadora omisiva introducida en el artículo 320 del Código Penal equipara el contenido de este precepto con el artículo 329 del texto punitivo.

SEXTA.- La referencia al "alta mar" introducida en el artículo 325 del Código Penal, y procedente del Derecho comunitario, supone una ampliación de la jurisdicción española, posibilidad por lo demás permitida por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

SÉPTIMA.- De entre los nuevos conceptos y conductas que, a instancias comunitarias, incorpora el artículo 328

del Código penal, el término "valorización" es el que presenta una mayor complejidad, debiendo acudir a la definición que proporciona la nueva Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos contaminados.

OCTAVA.- Con la referencia, en la prevaricación del artículo 329, a "la autoridad o funcionario público... que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio" se adapta la norma penal a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esta doctrina jurisprudencial es, además, extensible al artículo 320, que incorpora ahora esta misma conducta.

NOVENA.- Para el nuevo concepto de "hábitat" que incorpora el artículo 334 habrá que remitirse al ya existente en relación al artículo 332 y a la normativa comunitaria europea en los términos establecidos en el epígrafe IX de la presente Circular.

DÉCIMA.- La anterior regulación que, para las especies amenazadas, contenía el Catálogo Nacional del Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo, debe ser sustituida por la nueva normativa prevista en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad en los términos que se detallan en el epígrafe IX de la presente Circular.

UNDÉCIMA.- El singular tratamiento que la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo proporcionó a las "especies de especial interés", correspondientes al anterior Catálogo, que atendiendo a criterios objetivos y bajo determinadas circunstancias sí podían ser objeto de protección, es extrapolable a las especies que, no estando en el nuevo Catálogo, sean parte del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial.

DUODÉCIMA.- En relación al artículo 333 del Código Penal será también aplicable, una vez haya sido elaborado, el nuevo Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras y el Listado de Especies Exóticas con Potencial Invasor.

DECIMOTERCERA.- Con la nueva redacción del artículo 335 del Código Penal los términos "expresamente prohibido" deben entenderse referidos a los supuestos de caza o pesca de especies declaradas por las Comunidades Autónomas como piezas de caza o pesca en general siempre que su caza haya sido posteriormente prohibidas (por ejemplo, al comprobarse una disminución sustancial del número de individuos de la especie) o que cuenten una prohibición específica respecto a un determinado número de ellas o en una zona determinada (por ejemplo, de comprobarse que sufren de sarna o algún otro tipo de parásitos o enfermedad similar, etc.)

DECIMOCUARTA.- Desde el punto de vista técnico-jurídico, la desaparición del artículo 337 del término "ensañamiento" y la incorporación del calificativo "amansados" permiten una más fácil y completa aplicación del tipo penal en los términos que establece el epígrafe XI de la presente Circular.

DECIMOQUINTA.- La expresión "por cualquier medio o procedimiento" incluida en el artículo 337 permite, más claramente, la aplicación a esta figura delictiva de la modalidad de comisión por omisión. Por lo demás será de aplicación el delito, y no la falta del artículo 631.2, en los supuestos en los que el abandono del animal desborde el ámbito del simple peligro y se traduzca en un resultado material.

Por lo expuesto, las/los Sras. Y Sres. Fiscales, en el ejercicio de sus funciones, velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

