



Roj: SAP A 73/2006 - ECLI:ES:APA:2006:73
Id Cendoj: 03014370012006100006
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Alicante/Alacant
Sección: 1
Nº de Recurso: 221/2005
Nº de Resolución: 18/2006
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: JOSE ANTONIO DURA CARRILLO
Tipo de Resolución: Sentencia

Juzgado de lo Penal nº 2 de Alicante (J.O. nº 268/05)

Procedimiento Abreviado nº 262/04 (Instrucción nº 2 de Alicante)

Rollo de Apelación nº 221/05

SENTENCIA Núm. 18

Ilmos. Sres.:

D. VICENTE MAGRO SERVET

D. ALBERTO FACORRO ALONSO

D. JOSÉ ANTONIO DURÁ CARRILLO

En la Ciudad de Alicante a Dieciocho de enero de dos mil seis.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de ALICANTE, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la sentencia nº 336/05, de fecha 5 de octubre de 2005, pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Penal nº 2 de Alicante en el Procedimiento Abreviado nº 262/04 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Alicante por delito Protección Flora y Fauna, habiendo actuado como parte apelante Benito , representado por la Procuradora Dña. M^a. Teresa Ruiz Martínez..

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Son HECHOS PROBADOS de la sentencia apelada, los del tenor literal siguiente: "En aras a la brevedad se dan por reproducidos los Hechos Probados de la sentencia de instancia. "

Segundo.- El FALLO de dicha sentencia recurrida literalmente dice: "Condeno a D. Benito , como autor de un delito relativo a la protección de la fauna, a la pena de multa de OCHO (8) mesas, a razón de TREINTA (30) EUROS diarios, lo que hace un total de SIETE MIL DOSCIENTOS (7.200) euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de UN (1) día de privación de libertad por cada SESENTA (60) euros no satisfechos; y al pago de las costas."

Tercero.- Contra dicha sentencia, se formalizó ante el Organismo decisor por Benito el presente recurso de apelación.

Cuarto.- Del escrito de formalización del recurso de apelación se dio traslado a las demás partes y cumplido este trámite fueron elevados los autos originales con los escritos presentados a este Tribunal de Apelación, y una vez examinados se señaló para la deliberación y votación de la sentencia el día 16.01.06.

Quinto.- En la sustanciación de ambas instancias del presente proceso se han observado todas las prescripciones legales procedentes.

VISTO, siendo Ponente El Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ ANTONIO DURÁ CARRILLO.

SE ACEPTA el Antecedente de HECHOS PROBADOS de la sentencia apelada, con la única salvedad de subsanar un error material manifiesto, consistente en la fecha mencionada en el apartado quinto de los hechos probados "Septiembre de 2004" en lugar de "Septiembre de 1994".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Siguiendo el mismo orden de los motivos alegados por el recurrente en su escrito, interesando la revocación de la sentencia y consiguiente absolucón, respecto de la primera de las alegaciones, vuelve a reiterar los argumentos que ya fueron convenientemente analizados y desestimados por el Magistrado de lo Penal, al no existir la vulneración del derecho de defensa y contradicción; como se afirma en la sentencia y no ha sido desvirtuado de contrario los funcionarios entraron en el recinto de la obra con permiso de las personas que allí se encontraban, por otra parte, la colonia de aves era visible desde el exterior y como se destaca en ella, no se trata en este caso de la recogida de muestras y consiguiente elaboración de análisis químicos, en los que se pueda polemizar sobre tal supuesta falta de información o contradicción, sino de observaciones que realizan como testigos y a las que aplican sus conocimientos técnicos, que se plasman documentalmente durante la instrucción tratándose de meras diligencias instructoras, no de pruebas, que adquieren ese carácter cuando son ratificadas como es el caso y sometidas a contradicción en el plenario, incluida la versión del perito aportada por la defensa, por consiguiente ninguna quiebra de los meritados principios se ha producido, ni tiene relación con la práctica de dicha prueba el art. 777.2 L.E. Crim , que se menciona en su escrito como vulnerado, que se refiere al supuesto del testigo o víctima cuya declaración no va a ser posible en el plenario y su documentación como prueba anticipada a los efectos de su reproducción o lectura, en los términos del art. 730. Por otro lado, se insiste en que los funcionarios han entrado en la parcela sin permiso para ello, que se dice este totalmente vallada. Se trata de un solar donde se esta realizando una obra en construcción, como se indica en la sentencia, medio permiso de las personas que allí había en ese momento, la negativa del recurrente no tiene otra finalidad que la - por otro lado legitima - de tratar de obtener una sentencia absolutoria, pero no se corresponde con la realidad. Pero es que además un solar con una construcción, aunque este vallado, en modo alguno constituye un domicilio, no le alcanza la protección legal y jurisprudencialmente establecida para los supuestos de entrada en el domicilio; las condiciones del terreno, este o no vallado, ésta a la vista del exterior, no puede haber vulneración del derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, por no ser un espacio donde se desarrolle en intimidad la vida privada, ni esta tal lugar comunicado con el domicilio del hoy recurrente, por lo tanto no se aprecia contravención de derecho fundamental alguno en la defensa o privacidad del apelante.

Segundo.- Invoca el apelante la no existencia de pruebas objetivas que desvirtúan el principio "In dubio pro-reo" y así se afirma que el técnico de la Consejería solo se mueve por conjeturas y medias estadísticas temporales para establecer la posibilidad hipotética de que se hubiere dificultado la reproducción de las aves.

El principio "in dubio pro reo" que se denuncia como vulnerado, interpretado a la luz del derecho fundamental a la presunción de inocencia envuelve el mandato de no afirmar hecho alguno que puede dar lugar a una pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza. Es claro que el magistrado "a quo" estimó que dicho Principio había sido enervado por la prueba practicada lo que la llevo a dictar una sentencia condenatoria, sin que tenga obligación de dudar o de compartir las dudas que abrigue la parte. La valoración de la prueba practicada lleva a la conclusión inequívoca, como recoge la sentencia, que el acusado dificulto de manera notoria, así lo pusieron de manifiesto los peritos, el proceso de nidificación y reproducción, de las aves, todo ello acreditado no solo por la testifical - pericial de los técnicos de Medio ambiente, sino también de las propias manifestaciones del acusado. No es sostenible la versión del acusado sobre porqué cubrió el talud con plásticos, porque quedó contradicha por la testifical y por su propio comportamiento posterior, no retirando los plásticos, el motivo ha de ser desestimado.

Tercero.- El tercer motivo esgrimido por el apelante hace referencia a la ausencia de tipicidad por no existir amenaza material y objetivamente constatable según el habitat de la especie de fauna silvestre y la zona urbana en la que comenzaron a establecerse para anidar. Manifiesta el recurrente que el bien jurídico protegido es el equilibrio ecológico (art. 339 C.P) y que tratándose de aves que conviven con el hombre en pueblos y ciudades, el acto de dificultar la reproducción cuando de alteraciones del terreno urbano se trata (cumplidas las exigencias urbanísticas) se relativiza enormemente; es decir, ya no es un termino absoluto la protección frente a incomodidades para la reproducción del ave, que esencialmente oportunista se adapta a los comportamientos urbanos, de tal modo que es capaz de reemplazar sus lugares de anidamiento. Concluyendo y según tesis del recurrente, no hay hábitat perturbado y no hay equilibrio ecológico perturbado.

Motivo que ha de correr igual suerte desestimatoria que los anteriores considerando con el Ministerio Fiscal que la conducta se incardina en el tipo penal aplicado. No podemos compartir el corolario de toda la argumentación del recurrente que sostiene en su escrito "... la sociedad permite como algo aceptado la edificación y urbanización bajo licencia legalmente otorgada, y salvo mención expresa en la misma, ninguna consideración medioambiental cabe exigir al titular de la licencia..."

El bien jurídico protegido en estos delitos, capítulo IV del título XVI de forma inmediata o genérica en el equilibrio ecológico o el medio ambiente y se castigan conductas directamente lesivas para determinadas especies de flora y fauna protegidas, el legislador solo protege determinadas especies o subespecies amenazadas o determinada forma de actuar especialmente lesiva para la fauna en general. En concreto el art. 334, castiga el realizar actividades que impiden o dificulten la reproducción de este tipo de especies o subespecies ("amenazadas"), conteniendo una agravación en su párrafo segundo cuando estén catalogadas "en peligro de extinción", es decir aquellas de las que quedan pocos ejemplares vivos.

El recurrente trate de restringir la eficacia del tipo penal aplicado hasta extremos que lo convertirían en una mera figura retórica, pues en resumidas cuentas solo sería sancionable la conducta cuando afecte globalmente a la especie de ave y no al individuo o individuos que por su carácter aislado del habitat donde se desarrolla y se encuentra protegido, ya que en tal caso considera- según síntesis - que no existe una vulnerabilidad de la especie en sí, en definitiva no se cumple el requisito de que la especie se encuentra "material y efectivamente amenazada..", requerido jurisprudencialmente, y estima que el juzgador olvidó el elemento teleológico de la conducta típica, que no es otro que la objetiva neutralización o aniquilación de la especie, lo que concluye que no se ha demostrado de ningún modo en autos, argumentación que enlaza con el quinto y último motivo, que examinaremos conjuntamente a continuación, la ausencia de culpabilidad en el reo, su conducta, se asume en el recurso, se limitó a evitar que se emplazará en el talud el conjunto de nidos.

Evidentemente nadie, ni el juzgador de instancia, reprocha al acusado que tuviera intención de aniquilar o destruir la especie de ave que nos ocupa, de ser así no se le hubiera impuesto la pena de multa en su mínima extensión, 8 meses, es suficiente con la existencia de dolo eventual cuando la conducta del sujeto no busca directamente dicho perjuicio, pero lo asume como consecuencia necesaria de su actuar, tapiando las galerías de nidificación de la colonia para poder proseguir con la construcción sin tener que paralizar temporalmente la obra en la parte que estaban anidando.

El Decreto 32/2004, de 27 de febrero (DOGV 4705/2004 de 04-03-2004) incluye en el catalogo de especies amenazadas de la C.A. Valenciana bajo el concepto de especies y subespecies catalogadas de "vulnerables" al avión zapador /Riparia riparia. Catalogación que se realiza en virtud de lo preceptuado en el art. 30.2 de la Ley 4/1998, de 27 de Marzo, de conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, acomodando progresivamente su legislación sobre conservación de especies silvestres de fauna, a fin de adaptarla tanto a la legislación internacional como al cambio de mentalidad social, cada vez mas partidaria de la protección de los valores naturales y de las especies amenazadas. Ley que en su art. 29 refiere como especies vulnerables aquellas que corran el riesgo de pasar a las categorías anteriores en un futuro inmediato si los factores adversos que actúan sobre ellos no son corregidos. En la interpretación del citado precepto, la sentencia citada por el apelante de 19 de Mayo de 1999, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, señala que la categoría reseñada -" vulnerables" - afecta a especies sobre las que se cierne un peligro o amenaza, por lo que podrá incluirse en el tipo penal como objeto del delito a las especies que figure en el catálogo de las amenazadas, y que se encuentren material y efectivamente amenazadas, excluyendo las clasificadas de "interés especial", en el presente caso y como se destaca en la sentencia impugnada se trata de una especie incluida por ser especie amenazada y no por tener un interés especial vinculado a su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad; igualmente la protección se dispensa a la especie o subespecie a través de sus individuos, no se requiere que la conducta repercuten en mayor o menor escala de gran sin tener que afectar globalmente a toda la especie, en este caso afectó a toda una colonia, no se exige un número mínimo de ejemplares, abarcando igualmente no solo los ejemplares adultos, también los huevos, las crías o el trafico o comercio de los restos de las especies catalogadas como amenazadas, por lo que debe igualmente ser desestimada la alegación formulada por el recurrente.

Cuarto.- Se declaran de oficio las costas causadas en esta alzada. (art. 239 y 240 L.E. Crim).

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación al presente supuesto.

PARTE DISPOSITIVA

F A L L A M O S: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Benito, contra la sentencia de fecha 5 de Octubre de 2005, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Alicante, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 262/04 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Alicante, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dichas resolución, con declaración de oficio de las costas causada en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo constar que contra la misma no cabe recurso alguno. Y devuélvanse los autos originales al



Juzgado de procedencia, interesándose acuse de recibo, acompañados de Certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de efectividad de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de Apelación.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha y en audiencia pública celebrada en la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ