REVISTA CATALANA DE DRET AMBIENTAL Vol. XI Núm. 2 (2020): 1 - 18
- Crònica -

JURISPRUDENCIA PENAL AMBIENTAL

(SEGUNDO SEMESTRE 2020)

MARIA MARQUÈS I BANQUÉ

Profesora agregada de Derecho Penal

Universitat Rovira i Virgili

NÚRIA TORRES ROSELL

Profesora agregada Serra Húnter de Derecho Penal

Universitat Rovira i Virgili

https://doi.org/10.17345/rcda2955

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

1. Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo

En materia de delitos sobre la ordenación del territorio, durante los últimos meses se han dictado algunas sentencias de interés.

La primer sentencia a destacar es la STS núm. 216/2020, de 22 de mayo, que clarifica la relación entre los artículos 319 y 338 CP (agravación por afectar a un espacio natural protegido), a fin de evitar infringir el principio “non bis in ídem”. Se establece, que en el caso de suelos no urbanizables especialmente protegidos por sus valores ecológicos por tratarse de un espacio natural protegido, "la doble agravación resulta desproporcionada. Ponderaría dos veces una misma circunstancia: el especial valor ecológico. Primero, por haber sido reconocido en el ámbito del planeamiento urbanístico y posteriormente por su proclamación a nivel general". A su vez, ubicar estos casos en exclusiva en el art. 319.1 CP, “significa equiparar supuestos diversos y desactivar el art. 338 CP en contra de lo que se antoja la voluntad del legislador que quiere dotar de especial tutela a esos espacios".

El TS considera que “los hechos pueden ser castigados con arreglo a los arts. 319.2 y 338; o con arreglo al art. 319.1. Ambas calificaciones tienen el mismo grado de especialidad (se agrava por el valor ecológico). En un caso, cuando el mismo ha sido reconocido exclusivamente a nivel de planeamiento urbanístico; en el otro, cuando ese reconocimiento es más general. Al ser inaplicable el principio de especialidad (art. 8.1) habrá que acudir a los criterios subsidiarios para solventar esta concurrencia de normas, lo que nos sitúa en el marco del principio de alternatividad. Ha de prevalecer la calificación que pivota sobre los arts. 319.2 y 338 por ser más grave. Así evitarnos el bis in ídem que llevó a la Audiencia a eludir la aplicación del art. 338; pero, al mismo tiempo, no arrinconamos ese precepto de forma improcedente haciéndolo inoperante en el ámbito urbanístico.El incremento penológico del art. 338 no ha de operar sobre

el art. 319.1 CP en tanto éste se refiere a "la construcción no autorizada en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor ecológico", sino sobre el art. 319.2". En definitiva, nos encontramos ante un relación de alternatividad en que el artículo 338 desplaza al art. 319.1 CP pues éste se aplicará cuando no operen "los valores ecológicos", ya que cuando sea de aplicación esto, como en nuestro caso, la pena del art.338 CP irá sobre la del art.319.2, a fin de evitar la desproporción señalada “.

En este mismo sentido y citando la sentencia del TS, se pronuncia la SAP de Madrid (Sección 2ª) núm. 292/2020, de 23 de junio.

La SAP de Cáceres (Sección 2ª) núm. 112/2020, de 22 de mayo plantea cuestiones más usuales en estos delitos aplicando criterios jurisprudenciales muy consolidados. Esta sentencia confirma la condena por un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 CP. Los hechos probados se refieren a la ampliación, por parte de los condenados, de una caseta de aperos, mediante la construcción de un porche, un dormitorio, un baño y un cuarto agrícola, confiriéndole un destino residencial, sin solicitar ni obtener la preceptiva licencia municipal de obras, ni el proyecto técnico necesarios para la ampliación, ni la preceptiva calificación urbanística para ese uso residencial. La parcela se encuentra en un área de suelo no urbanizable calificada como Suelo No Urbanizable protegido agropecuario y forestal. Se condena a los dos acusados como autores de un delito contra la ordenación del territorio a la pena de un año y cuatro meses de prisión cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de doce meses con cuota diaria de cuatro euros e inhabilitación especial para cargo u oficio relacionado con la promoción y/o construcción durante un año y cuatro meses. Se acuerda, así mismo, la demolición de la obra.

La primera de las cuestiones que se plantea la Sala, es la relativa al sujeto activo del delito y, concretamente, a quién pude ser considerado promotor de la obra. En este sentido, recuerda cómo esta cuestión ya fue resuelta por la Ley de la Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999, según la cual, promotor lo es “cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa o financia con recursos

propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título, sin exigencia de titulación alguna". En aplicación de este criterio, la Sala confirma que "la Sra. Tania puede ser considerada promotora de la edificación cuestionada, pues las manifestaciones de ella misma y de su marido, así como documentales, permiten confirmar que ella es copropietaria de la parcela en la que se ha ubicado la obra, es un bien ganancial del matrimonio constituido por ella y por el Sr. Benito y a su vez no consta que el capital investido o necesario para su realización proceda de dinero privativo o exclusivo del marido, sino y al contrario, ella sería también copropietaria del dinero invertido en la obra". La Sala no da credibilidad a la versión de la condenada, quien alegaba desconocimiento con relación a la obra, por tratarse de un matrimonio mayor con muchos años de convivencia, que pasaba largas temporadas en una vivienda sita en el mismo pueblo, ser una obra de larga duración y económicamente relevante en la economía de la pareja.

La Sala desestima, así mismo, la alegación de una indebida aplicación del artículo 319.2 CP, por infringir el principio de intervención mínima (se pretende la aplicación únicamente de una sanción administrativa por considerar que se trata de una "mera extralimitación") y por no darse todos los elementos del tipo.

Con relación al principio de intervención mínima, la Sala recuerda que su ámbito de aplicación no es el judicial, sino el legislativo. Y desde esta perspectiva, quiere recordar también que la intervención penal en este ámbito está justificada puesto que el bien jurídico protegido por este delito no es únicamente la ordenación del territorio, "sino que así como en el delito ecológico (art.325) no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente, en el 'delito urbanístico', no se tutela la normativa urbanística - un valor formal o meramente instrumental - sino el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de "utilización racional del suelo orientada a los intereses generales " (arts.45 y 47 de la CE de 1978), es decir, la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general".

Con relación a los elementos del tipo, la Sala confirma uno por uno su concurrencia. Así, aplica criterios jurisprudenciales consolidados con relación al concepto de edificación ("toda obra destinada a albergar personas, bien para

servir de morada permanente o albergue transitorio, bien para otros fines, como por ejemplo para centro lúdico") y confirma el carácter no autorizable de la obra y la naturaleza de suelo no urbanizable, a partir de la prueba documental. Descarta, así mismo, un error de prohibición, pues el recurrente no ignoraba que para hacer una caseta de aperos sí es necesario la licencia de obras (con la que contaba) y cualquier persona, por muy pocos estudios o conocimientos escasos que tenga, igualmente sabe y comprende que para una obra de más envergadura, además de una autorización municipal también son necesarios otros requisitos y lógicamente también de mayor coste y de una mayor exigencia.

Finalmente, en cuanto a la demolición de la obra, los recurrentes solicitaron que no se llevara a cabo, por considerar que era posible su legalización (que habían solicitado). Sin embargo, la Sala considera que se trata de "una mera expectativa de futuro y ciertamente improbable e imposible de que esa modificación se llevase a cabo, pues la edificación efectuada por el apelante no solo se encuentra en terreno no urbanizable, sino además, protegido agropecuario forestal y no legalizable, porque tampoco cuenta la parcela con la superficie mínima de una hectárea y media y la edificación de referencia está destinada a un uso residencial.

Cabe decir que, con relación a la demolición de la obra, en este período ha recaído una sentencia más del TS, confirmando sus ya reiterados criterios jurisprudenciales. Se trata de la STS núm. 403/2020, de 7 de julio, en la que el TS, citando su propia jurisprudencia y, entre ella, la reciente STS núm. 691/2019, de 11 de marzo de 2020, concluye que "Por regla general la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción de la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables; o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración; y, en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial".

La SAP de Madrid (Sección 2ª) núm. 215/2020, de 8 de mayo, por su parte, plantea una cuestión menos habitual, aunque de solución poco controvertida: la eventual vulneración del principio acusatorio por el hecho de condenar por el

artículo 319.2 CP (obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable), cuando la acusación lo había sido por el delito del artículo 319.1 CP (obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección).

Al respecto y con base en el artículo 789.3 LECrim, la Sala considera que "no existe tal vulneración al tratarse de un precepto de idéntica estructura técnica, en el que se identifican en su nº 1º y 2º, los autores (promotores, constructores o técnicos directores) y las obras que atacan la ordenación del territorio (urbanización, construcción o edificación), existiendo una única diferencia que radica en la naturaleza de los terrenos a los que afecta la conducta delictiva, habiendo sido ello objeto de contradicción en el plenario".

Cabe destacar la relación que la Sala establece entre el artículo 319.1 y el artículo 319.2 CP, considerando éste último como el tipo básico del delito: "Con esas premisas, hemos de constatar que el artículo 319.2 contiene, en realidad, el tipo básico del delito contra la ordenación del territorio, como confirma su pena inferior a la del apartado primero, cuya conducta típica castiga la construcción no autorizable en suelo no urbanizable; por su parte, el apartado primero contiene un supuesto agravado para construcción en suelo no sólo no urbanizable por definición, sino objeto de una singular protección por tratarse de viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o que por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. La sentencia de instancia, atendiendo a las clasificaciones contradictorias del suelo que resultan de los informes urbanísticos aportados a la causa, opta por acudir a la más beneficiosa para la acusada y considera el terreno donde se erigió la edificación como suelo rústico de protección ordinaria, y no, como entendía la acusación pública, como suelo no urbanizable de especial protección agrícola, lo que hace desaparecer el elemento fáctico agravatorio de la conducta y necesariamente desplaza la tipicidad al tipo básico, plenamente homogéneo con el agravado, pues sí estima probado que se levantó una

edificación no autorizable sobre terreno no urbanizable".

Respecto del delito de prevaricación urbanística destaca en el periodo de referencia de esta crónica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 2393/2020, de 25 de junio, por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Alcalde de una localidad contra la sentencia que le condenó por un delito de prevaricación urbanística del art. 320.2CP. En la sentencia de instancia, dictada por la AP de Zamora el 4 de febrero de 2020, se procedió a absolver a otros dos acusados, que habían realizado obras de construcción en parcelas clasificadas como suelo rústico y uso principal agrario. Los hechos probados mantienen que el alcalde, a diferencia del matrimonio acusado, que solicitaron la licencia y que querían construir una nave, era consciente de que formaba parte de su cometido la resolución sobre la concesión o denegación de la licencia urbanística que se había solicitado. Y es por ello que la sentencia del Tribunal Superior acepta la conclusión alcanzada por la Audiencia de Zamora en el sentido que los hechos probados son constitutivos de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2 CP. Y ello por cuanto "pese a tener conocimiento de los informes desfavorables a la concesión de la licencia urbanística solicitada (de los Técnicos del SAM de la Diputación Provincial y del Secretario del Ayuntamiento), decidió conceder la misma a sabiendas de su injusticia, ya que sabía que ello suponía el incumplimiento de normas legales urbanísticas, confiado (como en otras ocasiones había hecho) en que si luego la licencia no era legal, se podría anular o paralizar la obra, es decir, tuvo plena conciencia de que resolvía al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasionaba un resultado materialmente injusto, actuando de este modo porque quiso este resultado y antepuso el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado". Ello lleva al Tribunal a considerar que no se trata solamente de que la decisión de otorgar la licencia fuera ilegal, sino que la decisión fue también injusta, puesto que se carecía de toda motivación: "no se trata solo de que la decisión de otorgar la licencia sea ilegal, por contraria al ordenamiento jurídico urbanístico, es que también dicha decisión es injusta, en cuanto no cabe sino tacharla de arbitraria y puramente voluntarista. Y lo es, fundamentalmente, porque carece de toda motivación. Es decir, resulta

indiscutible que cabe esperar que el Alcalde Presidente de un pequeño Ayuntamiento como el de Mahide, que no tiene evidentemente o no tiene por qué tener conocimientos jurídicos, y menos de carácter urbanístico, pues se trata del dueño de un bar, antes de tomar una decisión en cuanto a la solicitud de una licencia urbanística deba apoyarse en informes de índole técnica y jurídica, y es evidente que aquí disponía de los informes desfavorables a la concesión de la licencia en tal sentido emitidos por el SAM y el Sr. Secretario del Ayuntamiento, entidad y persona que sí tienen tales conocimientos. Carece de sentido por tanto que, pese a ello, el acusado decidiera conceder la licencia en contra de tales pareceres, sin exponer, ni siquiera mínimamente, las razones o la motivación de tan aventurada decisión que, en suma, aparece adoptada por su simple voluntad en un ejemplo patente de arbitrariedad". Además, el Tribunal incide en la idea que la absolución de los otros dos acusados por el delito del artículo 319.2 y .3 que castiga a quien lleve a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelo no urbanizable, no condiciona la valoración de la conducta del Alcalde, acusado por el delito del artículo 320 CP, por conceder una licencia contraria a la ordenación urbanística: "Contar con un proyecto, encargado a un técnico competente, que sostiene la legalidad de una obra, puede justificar la conducta del promotor, tal y como razona la sentencia recurrida, pero en modo alguno puede amparar la decisión de la autoridad que precisamente ha de velar por la legalidad urbanística".

Por otro lado, cabe hacer mención también al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 22/2020, de 3 de setiembre, por el que se acuerda en causa por prevaricación urbanística, el sobreseimiento libre del artículo 637.2 en relación con el artículo 779.1 LECrim al estimar que los hechos no son constitutivos de prevaricación urbanística del artículo 320 CP. La resolución analiza las actuaciones referidas a la compra por el Ayuntamiento de Aller y posterior cesión gratuita al Montepío de la Minería de una finca para la construcción por esta entidad de una residencia geriátrica. La operación fue aprobada por sendos acuerdos del Pleno de dicho Ayuntamiento, a pesar de la existencia de informes desfavorables de la Secretaría y de la Interventora municipales. Sin embargo, concluye el Tribunal que los reparos contenidos en esos informes responden a interpretaciones de las normas discutibles pero

perfectamente defendibles en derecho “y eso ya sin más, con arreglo a reiteradísima doctrina jurisprudencial de innecesaria cita, excluye el delito de prevaricación”.

2. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

En el periodo temporal de referencia de esta crónica, la actividad jurisdiccional con relación a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente ha sido muy inferior respecto al periodo abarcado por otras crónicas. Además, debe decirse que las pocas sentencias recaídas durante este tiempo no son especialmente significativas desde el punto de vista de la interpretación y aplicación de estos delitos.

La primera sentencia recaída es la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 6ª) núm. 117/2020, de 30 de marzo, relativa a un supuesto de extracción de áridos en 1998, no autorizada, que afectó a una superficie de 1700 metros cuadrados de un espacio protegido y a otros 2400 metros cuadrados, en la otra vertiente de la carretera, en suelo rústico. Como consecuencia de la misma se produjeron efectos negativos significativos sobre los hábitats y elementos naturales singulares del lugar y muy significativos sobre el paisaje. En la medida que el recurso se interpone por error en la apreciación en la prueba, poco cabe comentar de una sentencia que no entra a valorar ninguna cuestión sustantiva. Lo único que llama la atención es que, entonces, se condenara al acusado por un delito del artículo 325 CP, sin que se apreciara también el delito del artículo 330 CP. Sin embargo, en la medida que no se tiene acceso a la sentencia de instancia, es difícil de apreciar si la cuestión llegó a considerarse.

Otra sentencia recaída es la SAP de Asturias (Sección 2ª) núm. 175/2020, de 29 de abril, relativa a un supuesto de contaminación acústica causada por el ruido proveniente de un local, confirma la condena por un delito del artículo 325.2 CP en su modalidad de riesgo grave para la salud de las personas, en concurso con tres delitos de lesiones del artículo 147.2 CP. La argumentación de la Sala no se desvía de la jurisprudencia consolidada con relación al delito de contaminación acústica, tantas veces referida en estas crónicas. Quizás, la única cuestión a destacar es aquella por la que el recurso es estimado parcialmente. La Sala

considera que “la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad de hostelería impuesta, es más grave que la interesada por las acusaciones que limitaron su petición ‘a la inhabilitación para el ejercicio de la actividad que el acusado venía realizando’ concepto que no fue concretado y que por ello exige determinar la actividad que realizaba desprendiéndose de la documental que la actividad a la que se dedicaba el acusado era actividad de bar con música amplificada, concepto más limitado que el de actividad de hostelería máxime si se tiene presente que en la sentencia en momento alguno se razona o justifica la imposición de dicha pena accesoria, ni se determina la vinculación o relación directa entre la profesión, con el delito cometido, lo que, según el artículo 56.1.3º, debe ser determinado expresamente en la sentencia, siendo evidente que lo que trata de evitar es el ejercicio de actividad que pueda ocasionar ruidos, por lo que habrá de limitarse al ejercicio de actividad de hostelería con equipos de reproducción o amplificación sonora”.

Finalmente, cabe comentar la STS núm. 224/2020, de 25 de mayo, por la que se declara la nulidad de un Auto de sobreseimiento libre y se ordena la continuación de la tramitación de una causa por un presunto delito del artículo 325 CP. El instructor de la causa había apreciado inicialmente el uso de una parcela como vertedero, indiciariamente entre el año 2001 y el 26 de septiembre de 2015. De acuerdo con la investigación realizada, la actividad se habría mantenido pese a que los hechos habían sido denunciados por el Seprona el 1 de junio de 2007 y a que se había impuesto una sanción por Orden núm. 1240/2010, de 27 de abril de 2010, de la Consejera de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid, en la que se obligó además a la empresa titular a que en el plazo de un mes retirara los acumulados. El uso dado a la parcela no había sido el autorizado en la licencia municipal, pues se había modificado el depósito temporal de residuos por un depósito definitivo de lo acumulado, atribuyendo de facto a la parcela un uso como vertedero, con inobservancia de la normativa que regula la materia.

La Audiencia Provincial de Madrid estimó, sin embargo, el recurso de apelación de los investigados contra el Auto que acordaba la continuación del procedimiento por los trámites del Procedimiento Abreviado y acordó el sobreseimiento libre de las actuaciones. La Sala sostuvo la no acreditación de hechos delictivos, destacando que para la existencia del delito contra el medio

ambiente del artículo 325 del Código Penal, se exige un comportamiento que introduzca un riesgo potencial sobre el objeto de protección en el tipo penal, concluyendo la Sala que los depósitos analizados no revelan un peligro para el medio ambiente en las facetas que contempla el artículo 325 del Código Penal.

El Ministerio Fiscal recurrió en casación el Auto de sobreseimiento libre. Antes de pronunciarse sobre el fondo, el TS recuerda que "de lo que se trata es de examinar el fundamento del sobreseimiento acordado en la resolución impugnada frente a la posibilidad de que el Fiscal o cualquiera de las acusaciones formalicen una imputación que pueda aspirar a abrir el juicio oral desde la consideración sustantiva de los tipos penales. Nos movemos, por tanto, en un plano en el que el juicio de subsunción se perfila de modo amplio e indiciario, esto es, valorado el resultado de la instrucción desde la naturaleza delictiva de los hechos que la investigación refleja, de modo que se garantice que no se dará traslado a las acusaciones para la continuación del proceso cuando se constata que cualquier acusación resultaría infundada a partir de las evidencias existentes en las actuaciones".

A partir de aquí, y con base tanto en doctrina como jurisprudencia, la Sala recuerda el pacífico consenso en torno a la configuración del delito del artículo 325 CP "como de peligro hipotético, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto. Esta modalidad delictiva, también denominada de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no supone la tipificación en sentido propio de un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos, la situación de peligro no es elemento del tipo penal, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro".

Con base en ello, concluye que no se puede excluir "que sean subsumibles en el tipo penal contemplado los hechos que, sin seguridad, pero con firmeza, apunta la investigación. (…) Los informes recabados reflejan que la ocultación por los vertederos de dos lagunas de carácter estacional compromete su funcionalidad, lo que muestra una potencial repercusión (de gravedad no suficientemente concretada) en las posibilidades que tendría como aguadero para la fauna del lugar. En todo caso, se muestra también la posibilidad de que

se produzca un desmoronamiento de los acumulados, con un previsible colapso del cauce del *Arroyo de la Canaleja*, que forma parte del dominio público hidráulico de la Comunidad de Madrid. En tal eventualidad, no se excluye una relevante afectación para la vida de animales o plantas en los tramos descendentes del curso de las aguas a partir del punto de colapso, lo que justifica con ello la estimación del motivo, sin perjuicio de lo que finalmente resulte de la continuación del proceso".

3. Delitos relativos a la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos

En cuanto a los delitos relativos a la flora, fauna y animales domésticos deviene especialmente destacable la STS 159/2020, de 20 de mayo, que, si bien desestima el recurso de casación interpuesto contra la SAP Cantabria 909/2018, de 2 de noviembre, y mantiene la condena por el artículo 337.1 CP a una pena de prisión de seis meses con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con animales por término de dos años, aporta algunos elementos especialmente interesantes para el análisis del tipo del artículo 337 CP. Los hechos probados sobre los que versa la resolución se refieren a las lesiones que el acusado infligió a un perro de raza bodeguero andaluz, propiedad de una menor que estaba presente en el momento de los hechos, los cuales consistieron en agarrar con una cuerda al perro por el cuello, levantándolo en el aire y propinándole en ese momento repetidos golpes con una vara, produciéndole lesiones entre la cuales la fractura de la rama mandibular derecha, pérdidas de piezas dentales, hemorragia bucal abundante, etc., conducta que el acusado interrumpió ante los ruegos de la menor. Una primera cuestión relevante que aborda la sentencia es la relativa a la interpretación del artículo 337.4 CP en lo que atañe al lugar o el contexto donde se efectúa el maltrato y, en concreto a si la previsión de que el mismo se efectúe en espectáculos no autorizados legalmente se predica solamente respecto de los animales no doméstico o si deben incluirse también estos. Al respecto el TS entra en el fondo del asunto con la finalidad de aclarar una polémica que ha tenido réplica en diversas Audiencias, con la emisión de resoluciones dispares,

según se entienda que de la redacción del precepto cabe configurar un doble nivel de protección. Esto es, si el maltrato cruel puede ser subsumido en el precepto, cualquiera que sea el lugar donde el mismo se desarrolle cuando se trate de animales domésticos, y por el contrario, cuando afecte a otros animales la tipicidad quede condicionada a que el maltrato se efectúe en espectáculos no autorizados legalmente, o bien si, por el contrario, la ubicación del lugar donde se perpetra el maltrato es determinante en ambos supuestos, de tal modo que de no concurrir este presupuesto la conducta debería relegarse al ámbito administrativo. En su argumentación jurídica, el Alto Tribunal da cuenta de numerosas sentencias que han interpretado el precepto en uno u otro sentido, si bien constata que la mayoría de las resoluciones se han mantenido en la posición por la que se decanta también esta resolución, esto es, la que limita el requisito de localización del maltrato en espectáculos para supuestos de animales no domésticos. En este sentido, el Tribunal Supremo sostiene que la redacción del tipo penal, distinguiendo los animales domésticos de los que no lo son supone un distinto nivel de protección penal a favor de los animales domésticos y lleva a concluir que solamente para los no domésticos se requiere que la acción se lleve a cabo en el contexto de espectáculos públicos no autorizados legalmente para que la conducta sea punible. Y añade todavía el tribunal: “(L)a distinción es muy significativa y conduce a la interpretación diferenciada de las conductas, máxime si reparamos en que lo contrario obstaculizaría la protección penal de los animales domésticos, en cuanto relegaría a simple infracción administrativa el maltrato cruel en el ámbito privado, que resulta precisamente el más propicio para ello”.

La segunda cuestión de indudable interés sobre la que versa la resolución es la relativa a la descripción de las conductas contenidas en el artículo 337 CP y, en particular, la eventual subsidiariedad del apartado 4, referente al maltrato, en relación con la conducta de lesiones descrita en apartado 1y la consistente en causar la muerte del animal, prevista en el apartado 3. En este sentido, la sentencia reconoce en el apartado 4 del precepto una suerte tipo subsidiario, de tal modo que pueda considerase maltrato las conductas que no den lugar a un menoscabo grave de la salud del animal. Entonces, la primera operación de la que se ocupa la resolución es la de dotar de contenido la previsión del primer

apartado, esto es, la relativa al menoscabe de la salud. Para ello, la resolución rechaza establecer una exacta traslación entre la conducta consistente en menoscabar gravemente la salud del animal a la que alude el artículo 337.1 CP y la conducta de grave enfermedad que describe el artículo 149 CP, en el ámbito de la salud humana, y ello por cuanto los casos de pérdida o inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal, ya se prevén como circunstancia agravante específica en el apartado 2 del mismo precepto. Por ello, considera el Tribunal Supremo que "la lógica aconseja interpretar la modalidad básica del artículo 337.1 como proyección de su equivalente cuando del delito de lesiones se trata (artículo 147.1), con imprescindibles modulaciones. Tomando como referencia el que se erige como concepto normativo básico en el delito de lesiones, el tratamiento médico o quirúrgico, será necesario que el animal requiera para su curación tratamiento veterinario, más allá del que se agota en una primera asistencia. Ahora bien, ese único presupuesto abarcaría detrimentos de la salud que difícilmente soportarían el calificativo de graves, lo que exige un plus que dependerá de las circunstancias del caso. Este podrá venir determinado por diversos factores. Entre ellos, sin afán de fijar un catálogo exhaustivo, habrán de valorarse la intensidad de la intervención veterinaria requerida; si hubiera exigido o no hospitalización; el riesgo vital generado por la herida o su potencialidad para acelerar significativamente procesos degenerativos; el periodo de tiempo durante el cual el animal haya estado imposibilitado para el desempeño de la actividad propia de su especie; y las secuelas o padecimientos permanentes". El Tribunal realiza un esfuerzo por concretar el alcance del artículo 337.1 CP acudiendo a los criterios interpretativos relativos al art. 147.1 CP, hasta el punto de referirse, por ejemplo, al tiempo durante el que el animal no haya podido actuar como lo hacen normalmente los animales de su especie.

Una vez delimitado el comportamiento típico del apartado primero del artículo 337 CP, el Tribunal considera que el delito leve de maltrato del apartado cuarto, ha de resultar aplicable a los supuestos en los que no se haya llegado a causar lesión. Y en cuanto al adverbio "cruelmente" con el que legislador califica el maltrato, apunta la resolución a la diferencia con el criterio de "habitualidad", por cuanto que la crueldad requerida por el precepto halla encaje en la idea de cierta complacencia por el sufrimiento provocado, pudiendo hallarse la misma en un

único acto o en una reiteración delos mismos. Establece en este sentido la resolución que: “La acción típica del delito previsto en el artículo 337.4 es maltratar cruelmente. El maltrato no solo comprende los ataques violentos, sino todos los comportamientos que, por acción u omisión, sean susceptibles de dañar la salud del animal. No requiere el tipo la habitualidad, pero el adverbio modal "cruelmente" añade una nota de dureza o perversidad, de gratuidad en la actuación que permita deducir una cierta complacencia con el sufrimiento provocado. Presupuesto que podrá cumplirse, bien con un proceder aislado de suficiente potencia, o con una reiteración de actos que precisamente por su persistencia en el tiempo impliquen un especial desprecio hacia el sufrimiento y dolor susceptibles de irrogar”. Finalmente, cabe todavía señalar que el Tribunal califica la conducta del acusado como de maltrato cruel y perverso a la par que expresa que es en este caso la prohibición de *reformatio in peius* la que le impide en esta instancia agravar la condena, por lo que alcanza solamente a mantener la condena por el artículo. 337.4 CP si bien la misma hubiera podido llegar a merecer más grave calificación.

La relevancia de la resolución que acaba de comentarse puede constatarse en el hecho que diversas sentencias dictadas durante el periodo que comprende el análisis de esta crónica jurisprudencial ya la han invocado para argumentar las resoluciones emitidas. Así, en primer lugar, la SAP de Burgos 571/2020, de 26 de junio, que confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal de Burgos en la que se condenó por un delito continuado de maltrato animal al propietario de un criadero de perros en el que funcionarios del Seprona hallaron los animales (unos 90 perros adultos y unos 50 cachorros) en condiciones deplorables. La relación de hechos probados describe a los animales hacinados en espacios reducidos y en pleno sol, sin agua limpia disponible, con alimentación a base de pan duro amontonado en el suelo y mezclado con suciedad y con heces y repletos de pulgas y garrapatas. Diez de los perros se encontraban en situación de riesgo inminente, cuatro fueron intervenidos y uno de ellos tuvo que ser eutanasiado. Así, la Audiencia recorre a la resolución del Tribunal Supremo antes comentada para dotar de contenido el primer apartado del artículo 337 CP y constatar que las circunstancias relatadas en el supuesto de hechos exceden de meras irregularidades administrativas. Asimismo, la resolución de la AP de

Burgos reconoce la comisión por omisión como una de las modalidades e ejecución posibles para causar la muerte del animal o una lesión grave, cuando quien omita la conducta se encuentre en posición de garante de la vida y la salud de los animales. Así pues en relación con la imputación de la muerte de uno de los perros que tuvo que ser eutanasiada declara la resolución que "(Y), aun cuando la parte recurrente expone que, en ningún caso, se le puede imputar la comisión del delito del art. 337.3 del Código Penal, sin embargo, al respecto a fin se desestimar tal pretensión, se tiene en cuenta el conjunto de la prueba analizada, entre la que al respecto se estima relevante lo indicado por la Perito en el acto de juicio, con respecto a la perra Canela en su estado no había solución posible, con sufrimiento marcado para el animal. Sin que exista duda alguna a que dicho estado era consecuencia directa de la situación de abandono en la que se encontraba, ante la omisión de los cuidados más elementales (incluidos los sanitarios) por parte del recurrente; máximo teniendo en cuenta que dicho animal presentaba una patología cardiaca". Relevantes es también que la resolución admite la apreciación del delito continuado por cuanto "se han cometido pluralidad de acciones de maltrato aprovechando idéntica ocasión, es decir la situación de los animales en el criadero, ofenden a varios sujetos pasivos, y el precepto penal infringido en todos los casos es el mismo, el artículo 337 CP. Determinando la comisión de tres delitos de maltrato animal del artículo 337.1.a) y de un delito de maltrato animal del artículo 337.3CP."

Por otro lado, la SAP de Oviedo 3450/2020, de 11 de agosto, absuelve a los imputados por la comisión de un delito leve de maltrato animal del artículo 337.4 CP tras haber sido denunciados por haber cortado las crestas de gallos de la raza "combatiente español" de su propiedad. La referencia a la Sentencia antes mencionada y emitida por el Tribunal Supremo en el mes de noviembre se centra en la interpretación de la ambigua referencia a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente que se contiene en el apartado cuarto del artículo 337 CP. En el caso examinado considera la Sala, que de la prueba practicada no puede llegarse a la conclusión que los gallos hubieran sido sometidos a maltrato, por cuanto se contaba con el certificado veterinario oficial con reseña de la forma, lugar y circunstancias en

que se produjo el descreste de los animales lo que conduce a la absolución de los acusados.

Por último, nos referiremos a la SAP de Barcelona 201/2020, de 30 de abril, en la que se revisa la sentencia del Juzgado de lo Penal por la que se condenó a los acusados por un delito contra la fauna protegida por imprudencia grave del artículo 334.1º y 3º CP. El supuesto de hechos probados remite a la compra a través de un portal de internet de una lechuza común disecada por valor de 70€ con la finalidad de exponerla con finalidad decorativa en el aparador de un negocio de restauración de temática Harry Potter en Barcelona. La sentencia reconoce que la lechuza común es una ave protegida por el DLegislativo 2/2008 de 15 de abril de la Generalitat y está incluida en el RD 139/2011 de 4 de febrero, de especies silvestres en régimen de protección especial, siendo aves protegidas por el Convenio de Berna de 19-09-1979, las Directivas Comunitarias 79/409CEE y 92/43CEE, por la Ley española de Patrimonio natural y biodiversidad de 13-12-2007, por la LEY de protección animal de la Generalitat de 4-03-1998, estando prohibida sin excepción alguna la posesión, tráfico, retención, caza, captura y muerte de las mismas. De la sentencia cabe destacar dos puntos. En primer lugar, se considera correcta la desestimación del 'ne bis in idem' por existencia de una sanción administrativa previa por cuanto ello no es óbice para la condena penal, al tener carácter preferente, debiéndose deducir de la cuantía de la multa penal impuesta la cuantía de la sanción administrativa previa. Sin embargo, más allá de esta cuestión, la sentencia sí acoge la tesis del recurrente en el sentido que no se cumplen los requisitos del tipo penal, ni siquiera en la modalidad imprudente, al no haberse puesto en peligro grave la especie animal. La sala argumenta que "se trata de la adquisición de un único animal protegido, es decir, de un hecho puntual, en personas que carecen de ningún antecedente penal ni policial previo de conductas similares. Tampoco el negocio donde estaba expuesta en el aparador -cafetería de temática Harry Potter- tiene relación alguna con la caza o con actividades que impidan, dificulten la reproducción o migración de aves protegidas, ni tampoco guarda relación con su comercialización. No nos encontramos ante un atentado contra las especies protegidas con el propósito de darles muerte, capturarlas, perseguirlas, destruir sus nidos, sus hábitats, molestarlas, comercializar con ellas, traficar con los

animales. Y, aunque efectivamente se trata de la adquisición y posesión de un ave protegida, el reproche que dicha conducta merece es la sancionada administrativamente en aplicación del principio de proporcionalidad".