

## JURISPRUDENCIA PENAL AMBIENTAL

(PRIMER SEMESTRE 2023)

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*

LIDIA RÍOS VERA

*Investigadora predoctoral (Plan de Doctorados Industriales de la Generalitat de Catalunya)*

*Universitat Rovira i Virgili*

**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 urbanísticos, las sentencias recaídas en el periodo de referencia de esta crónica vuelven a incidir en cuestiones interpretativas del artículo 319 CP que cuentan ya con una muy consolidada doctrina jurisprudencial.

Así, con relación a la interpretación del requisito típico “no autorizable”, la SAP de Las Palmas (Sección 2ª) núm. 386/2022, de 25 de octubre, insiste en que:

conforme a una jurisprudencia muy reiterada la ilegalidad, en términos de potencialidad lesiva tutelada por la norma penal que analizamos, se ha de circunscribir al instante en el que se desarrolla la actuación considerada ilegal, de suerte que no se penalice la mera infracción administrativa consistente en llevar a cabo una construcción o edificación careciendo de las licencias urbanísticas requeridas, ni sin seguir el trámite administrativo específico, sino que la edificación o construcción en sí sea ilegalizable en el momento en que se acometa según la normativa urbanística y de ordenación del territorio vigente en ese momento, no afectando pues a la antijuridicidad la eventualidad de que en el futuro, previa modificación de los instrumentos de ordenación o de la misma legislación, esa construcción o edificación pueda resultar legalizable.

Ello es importante porque, en coherencia, se rechaza también la aplicación retroactiva de la norma extrapenal más favorable:

Solo las modificaciones legislativas que obedecen a verdaderos cambios valorativos -el legislador opina que no es necesario seguir protegiendo del mismo modo un determinado bien jurídico o que determinado comportamiento ya no es lesivo para el bien jurídico de manera que no se mantiene la necesidad político criminal de un concreto tipo delictivo-, deben aplicarse retroactivamente si son favorables. Carecen de esa vocación de retroactividad aquellas modificaciones que no afectan al núcleo del injusto, sino a otros elementos típicos.

Aplicando este mismo criterio en materia de demolición de la obra (artículo 319.3 CP), la SAP de A Coruña núm. 416/2022, de 21 de octubre, rechaza la indebida aplicación de este artículo y confirma la correcta ordenación de la demolición en el caso enjuiciado pues “no puede darse carta de naturaleza a las lucubraciones y conjeturas de la apelante sobre una no descartable y posible legalización futura de las obras”. Cabe destacar que, desde el punto de vista de la naturaleza de la demolición, esta sentencia considera la demolición “una consecuencia del delito de naturaleza civil, que forma parte del contenido de la reparación, según lo previsto con carácter general en el artículo 113 CP, que contempla la posibilidad de imponer al autor conductas reparatorias o efectuarlas a su costa”. En cambio, la citada SAP de Las Palmas (Sección 2ª) núm. 386/2022, de 25 de octubre, se refiere a la misma como “una

consecuencia accesoria del delito que no una pena”, aportando cita jurisprudencial del Tribunal Supremo al respecto.

Con relación al elemento típico “construcción”, la STS núm. 217/2023 de 23 marzo, considera que no reúne los requisitos típicos una caseta metálica de 4,10 metros de largo, 2,23 de ancho y 2,70 de alto, apoyada su base en cuatro piedras de granito, con puerta, ventana, conectada eléctricamente a una placa solar situada sobre el techo de otra caseta metálica situada a la entrada de la finca y con antena de TV conectada al interior, contando con agua potable a través de un grifo exterior a la misma. La Sala razona:

Como puede apreciarse, se trataba de una caseta de reducidas dimensiones, carente de la fijeza que es propia de las obras debidamente cimentadas. No tenía por base otro apoyo que el de ‘...cuatro piedras de granito’ que ni siquiera aseguraban su permanencia. Y esta vocación de permanencia constituye un elemento clave para señalar la frontera entre la infracción administrativa y la que reclama una sanción penal. De hecho, la expresión ‘vocación de permanencia’ está presente en numerosos precedentes de esta Sala en los que se confirman pronunciamientos condenatorios por obras o edificaciones no autorizables. El concepto de ‘construcción’ se interpreta como toda ‘...obra del hombre (...) con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados’, que conlleva ‘...una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de zona geográfica afectada.

En cuanto a la prescripción del delito, las Audiencias Provinciales confirman la jurisprudencia ya existente en la materia. Así, la SAP de Las Palmas (Sección 2ª) núm. 349/2022, de 10 de octubre, confirma la línea de la SAP de Madrid (Sección 15.ª) núm. 423/2020, de 11 de noviembre, al recordar que, a causa del carácter permanente del delito, el plazo tiene que contarse desde que se haya concluido el último acto de construcción. El mismo criterio es aplicado por la SAP de Albacete (Sección 2.ª) núm. 546/2022, de 3 de noviembre, como ya hiciera la SAP de Jaén (Sección 2.ª) núm. 216/2020, de 24 de noviembre, si bien con base en una argumentación que no se refiere al carácter permanente del delito, sino a la pluralidad constructiva. Así, se afirma:

En los casos en que la conducta típica (edificar) se desarrolle, como ocurre normalmente, en un lapso de tiempo más o menos largo e integre varias construcciones, el 'días a quo o fecha de inicio del cómputo tiene que fijarse en el momento en que se realiza el último acto integrante de esta pluralidad constructiva, es decir, cuando se ejecuta el último eslabón de la cadena delictiva enjuiciada (STS núm. 678/2006, de 7 de junio).

La SAP de Ciudad Real núm. 126/2022, de 27 de octubre, destaca por plantear una cuestión de gran relevancia práctica, que fue objeto de una viva discusión jurisprudencial hace dos décadas. Se trata de si la minoración de la multa penal en la medida de la multa administrativa impuesta con anterioridad, resulta lesiva o no de la prohibición constitucional de incurrir en 'bis in idem'.

La Sala rechaza tal vulneración. En este sentido, recuerda cómo la STC 152/2001, de 2 de julio, rectificó la polémica STC núm. 177/1999, de 11 de octubre, retomando la tesis tradicional de desvinculación de la jurisdicción penal respecto a sanciones administrativas precedentes sobre el mismo hecho y sujeto y fundamento de sanción.

En la perspectiva constitucional, una solución que minore la cuantía de la multa como sanción penal en la medida de la multa administrativa, no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en bis in idem sancionador, dado que permite concluir que no ha habido una duplicación -bis- de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la Sentencia Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre (FJ 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción, si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora, para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento.

El Tribunal Supremo ha resuelto en el periodo que abarca esta crónica jurisprudencial diversos supuestos de prevaricación urbanística.

En la STS núm. 989/2022, de 22 de diciembre, en el denominado Caso La Loma, el Tribunal examinó la condena impuesta por la SAP de Cantabria núm. 320/2020, de 30 de setiembre, contra quien fuera alcalde del Ayuntamiento de

Castro Urdiales en el período electoral 2003-2007 por un delito continuado de prevaricación urbanística. Los hechos probados remiten al planteamiento urbanístico en la zona denominada “La Loma”, en el municipio cántabro de Castro Urdiales, en el que a resultas de su crecimiento demográfico se aprobaron en el periodo 2000-2006 diversos instrumentos urbanísticos basados en el Plan General de Ordenación Urbana de dicha localidad. El día 7 de septiembre de 2004 el Pleno del Ayuntamiento de Castro Urdiales aprobó definitivamente el Plan Parcial propuesto. Los hechos probados recogen que el alcalde sabía que el Plan no se ajustaba a las exigencias de la Dirección General de Carreteras de Cantabria y de la Demarcación de Carreteras del Estado, pues estuvo presente personalmente en las reuniones celebradas con los técnicos de éstas. Por su parte, los miembros del Pleno o de la Junta de Gobierno Local, salvo el propio alcalde, no tuvieron conocimiento completo y detallado, ni fueron informados por el alcalde, por el secretario titular o por el accidental, por la gerente o por alguno de los técnicos, del alcance real de la ausencia de tales requisitos relativos a la invasión de la zona de protección de carreteras.

En el recurso de casación interpuesto por el alcalde recurrente se aludía a la ausencia del elemento subjetivo del tipo por la falta de concurrencia de dolo en la conducta del imputado, y al error en la apreciación de la prueba, por cuanto se apuntaba que las licencias concedidas contaban con expresos informes favorables de la dirección general de carreteras, vías y obra y de la demarcación de carreteras del Estado. Sin embargo, en su sentencia, el Alto Tribunal considera que el acusado votó conscientemente a favor de un Plan Parcial que desde su inicio presentaba ilegalidades que fueron denunciadas en los informes preceptivos y vinculantes emitidos por las autoridades estatal y autonómica de carreteras. Considera probado el Tribunal que, en su calidad de alcalde, el acusado conocía perfectamente el contenido de estos informes al haberle sido dirigidos directamente. En este sentido, el Tribunal supremo resuelve que la condena impuesta por la Audiencia provincial no vulnera el principio de responsabilidad personal por el hecho propio por cuanto concurren los elementos del delito de prevaricación urbanística al ser el sujeto autoridad o funcionario público que, por si mismo o como miembro de un organismo

colegiado, resuelve o vota a favor de la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes a sabiendas de su injusticia.

En la STS núm. 629/2023, de 16 de febrero, el Tribunal desestimó el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la absolución dictada por la SAP de Las Palmas de Gran Canaria núm. 264/2020, de 2 de diciembre. En su resolución el TS mantiene la absolución para los acusados por el delito de prevaricación urbanística. El caso remite a un supuesto de autorización de obra, solicitada ante la Dirección General de Urbanismo de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias, consistente en restauración de bodega y almacén en suelo rústico y habiéndose presentado un proyecto de edificación para la restauración de una vivienda antigua en parte propiedad de la familia del acusado, del término municipal de Yaiza, así como en la ejecución en esta misma parcela de una construcción consistente en una edificación subterránea de 900 m<sup>2</sup> para destinarla a almacén-bodega. El TS considera que de los hechos probados no puede colegirse la comisión ni del delito de prevaricación urbanística ni de los delitos contra la ordenación del territorio, falsead documental y otros delitos contra el medio ambiente y especies naturales protegidos por los que venían siendo acusados.

Por su parte, la SAP Madrid núm. 85/2023, de 16 de febrero, absuelve del delito de prevaricación urbanística al Arquitecto técnico que dictó informe favorable a proyecto de legalización de actividad deportiva. La sentencia nos recuerda que la prevaricación prevista en el art. 320 CP constituye una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza (la normativa urbanística), lo que implica algunas diferencias. Así, mientras que la modalidad genérica del art. 404 CP exige que la autoridad o funcionario, además de una actuación a sabiendas de su injusticia, produzca una resolución arbitraria, en la urbanística el contenido de la conducta consiste en informar o resolver favorablemente a sabiendas de su injusticia. Pero alerta la sentencia que “no es suficiente la mera ilegalidad o contradicción con el derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los tribunales del orden contencioso-administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del derecho penal, que perdería su carácter de última "ratio", por lo que este último solamente se ocupará de

sancionar las más graves vulneraciones de la legalidad, es decir, conductas que superan la mera contradicción con la ley para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger". En este sentido, las ilegalidades criminalizables son sólo aquellas que sean tan obvias que incluso se aprecien con un mero conocimiento superficial de la norma, todo ello en relación con el elemento objetivo del tipo delictivo, es decir, la resolución "injusta".

La SAP de Cáceres núm. 279/2022, de 7 de noviembre, absuelve del delito de prevaricación urbanística del art. 320CP tras considerarlo la Sala tributario del 319 CP sobre el delito de ordenación del territorio. A tenor de lo dispuesto por la sentencia los hechos probados no reúnen la gravedad suficiente para considerar que estamos ante una obra de construcción equiparable a una obra de urbanización, construcción o edificación. En efecto, las obras consistieron en la colocación de un murete de ocho centímetros de alto construido con una fila de ladrillos de medio pie, recubierto de cemento, y destinado a proteger unas fincas frente a las aguas pluviales. Según el Tribunal, estaríamos en este caso ante una construcción que es calificada como "insignificante y, por tanto, atípica. Además, la construcción tendría que ser "no autorizable" y en el caso la construcción no era contraria a la legalidad administrativa y era autorizable "no en un momento futuro hipotético, sino cuando se hizo, hasta el punto de que la Confederación Hidrográfica del Tajo la legalizó el 15 de febrero de 2021 como consta en documento 16 del expediente administrativo".

En la SAP de Madrid núm. 624/2022, de 5 de diciembre, la Sala lamenta que no se llegara a formular acusación por delito de prevaricación urbanística por parte del Ministerio Público, pues las conductas hubieran encontrado allí mejor acomodo que en el delito de prevaricación medioambiental del art. 329.2 CP pues, como se argumenta en la resolución,

para la comisión del delito de prevaricación medioambiental resulta necesario conocer antes cuál es la situación de peligro concreto y grave para el medio ambiente derivada de la supuesta infracción de la normativa protectora, no resultando, sin embargo, constatada la existencia de vertidos contaminantes a los que alude de modo genérico la redacción de

hechos probados en relación a la incoación de otro procedimiento distinto por delito de tal naturaleza y del que se desconoce su resultado.

La SAP de Ávila núm. 121/2022, de 16 de diciembre, absuelve al acusado de un delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP por falta de legitimación activa de la acusación popular. En efecto, la acusación popular devino la única que ejercía la acusación respecto del sujeto activo, a saber, alcalde que había resuelto favorablemente la concesión de licencia de obra menor para reforma y ampliación de una caseta, puesto que el Ministerio Fiscal no ejercitaba respecto de este sujeto la acción pública. La Sala valora la falta de legitimación activa por la falta del interés social que actúa como base de la legitimación y para ello tiene en cuenta que la obra de referencia fue objeto de legalización y que las reformas o correcciones necesarias para la legalización solo afectaron al interior de la construcción, ámbito espacial ajeno a la actuación del acusado como alcalde.

## **2. DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE**

En el periodo temporal de referencia de esta crónica son muy pocas las sentencias recaídas en materia de delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Por esta razón se ha ampliado el periodo de la crónica, incluyendo sentencias que no se encontraban todavía disponibles en las bases de datos al cierre de la crónica anterior y que incorporan algún elemento interpretativo novedoso.

La SAP de Ourense núm. 232/2022, de 28 de octubre, resuelve un supuesto de un vertido incontrolado proveniente de una fosa séptica no legalizada, construida por la Diputación de Ourense en 1991 para dar servicio a 7 casas particulares, un Centro de Salud y, a partir del año 2012, un hogar residencial de mayores, que contaba con 24 usuarios. La sentencia es absolutoria al no acreditarse la existencia de un peligro grave para el medio ambiente. En este sentido, la Sala recuerda que “la ausencia de autorización no permite presumir en modo alguno, la causación de un peligro para las condiciones medioambientales o la salud de las personas, aun cuando tal autorización va a ser la que habrá de fijar los extremos a los que ha de ajustarse el vertido para

que el mismo no resulte dañino”. La Sala insiste en la necesidad de prueba de un peligro grave, del que pueda derivar un daño potencial o real. La singularidad de esta resolución reside en el hecho de que la acusada por un delito contra los recursos naturales y del medio ambiente del artículo 325 CP, sea la Alcaldesa de la localidad.

La SAP de A Coruña núm. 441/2022, de 13 de octubre, resuelve el recurso de apelación interpuesto por los tres condenados como autores de un delito del artículo 326 CP por el almacenaje no autorizado, sin etiquetar y de cualquier manera, de productos peligrosos muy variados (material de pirotecnia, aceite mineral, disolventes, barnices, aerosoles, pintura líquida, fluorescentes, baterías y faros de coches, neumáticos, entre otras cosas), sin control ni seguridad alguna. Los tres condenados son el administrador de la empresa, el responsable de logística y la responsable de calidad y de medio ambiente. La sentencia confirma la condena del primero y absuelve a los dos últimos, al considerar que no podían realizar la conducta típica de “no controlar o vigilar adecuadamente tales actividades”, al no ostentar la capacidad organizativa y de decisión que, en relación con el almacenaje, naturaleza de los materiales admitidos y condiciones de custodia, permitiera adoptar medidas, e imponer que las cosas se hubieran hecho de forma distinta.

Por lo demás, la Sala considera que no existen dudas acerca de la concurrencia de los elementos típicos del delito y, concretamente, de la existencia de un “riesgo concreto y grave”:

No es sólo esa forma de almacenaje absolutamente irregular, sino también la unión de otras circunstancias cuya significación no se puede ignorar: la coexistencia en la misma nave donde se realizaba el almacenaje de los materiales señalados con una zona de taller para el mantenimiento de vehículos, por mucho que existiera cierta separación espacial, aunque no incomunicación, taller donde estaban depositados, careciendo igualmente de autorización, otros inflamables, aceites, anticongelante, ADBLUE, en una cantidad no despreciable, y en el que se encontraban herramientas eléctricas, como un equipo compresor, que podrían provocar la ignición.

A la vista de la afirmación de la Sala, cabe quizás únicamente recordar que el artículo 326 CP no se configura como un delito de peligro concreto, sino que

tiene la misma naturaleza de delito de lesión y de peligro hipotético, en función de las modalidades típicas, que el artículo 325 CP.

La SAP de Madrid (Sección 16ª) núm. 624/2022, de 5 de diciembre, confirma la condena de los alcaldes sucesivos de una localidad por prevaricación omisiva ambiental del artículo 329 CP en un supuesto en el que

se constata la existencia de vertidos ilegales y la producción de malos olores, sin que el hecho de que no se haga una expresa mención al concreto resultado de los análisis entre los hechos probados de la sentencia haga imposible su posterior condena, pues ésta no deriva directamente de la producción de vertidos, de los que no son responsables los alcaldes, sino sobre la inexistencia de controles para reparar e impedir daños al medioambiente, consintiendo que las empresas instaladas en el Polígono continuaran con su actividad sin imponer sanción o medida correctora alguna ni incoar expediente para la clausura, en su caso, de la actividad causante de los vertidos ilegales. Bien se limitaron a realizar un mero requerimiento formal, bien dejaron caducar los expedientes, incurriendo en una clara dejación de responsabilidades, acaso compartidas con otros, aunque ello no les exime de la suya propia, como tampoco el hecho de que durante los meses de marzo y abril de 2008 una de las acusadas dejara de ostentar el cargo de alcaldesa y en el que fue solo temporalmente sustituida en sus funciones, reincorporándose de nuevo más tarde.

Una cuestión particular en esta sentencia es la apreciación de oficio de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada:

si bien el procedimiento se ha tramitado sin una especial dilación habida cuenta la relativa complejidad de la cuestión controvertida, el plazo transcurrido hasta el dictado de la sentencia condenatoria a contar desde la fecha en que los hechos se cometieron, no resulta ni mucho menos razonable y supuso, en cualquier caso, una dilación significativa y no achacable a los acusados, que no han bloqueado el procedimiento de ninguna manera y si además tenemos en cuenta que parte de los hechos acaecidos no fueron finalmente motivo de acusación al considerarse ya prescritos cuando se formuló la querrela, por lo que resulta adecuada en

tales circunstancias la rebaja de la pena en un grado, aunque no su imposición en su mínimo legal.

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

En relación con los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna del artículo 334 del CP, son cuatro las sentencias recaídas en el periodo de referencia de esta crónica. En primer lugar, la SAP Lleida núm. 162/2023 de 17 de enero, enjuicia unos hechos acontecidos en la localidad de Odén (Solsona), en una empresa que se dedicaba a la cría de las especies de halcón conocidas como "halcón gerifalte", "halcón peregrino" y "halcón sacre", con líneas genéticas únicas en el mundo, las cuales en su gran mayoría eran exportadas a países árabes para su uso en cetrería. Uno de los trabajadores de la empresa, aprovechando que por su condición tenía acceso directo a los huevos y a sus crías, se dedicaba a sustraer en la época de crianza entre 20 y 25 aves por temporada, para posteriormente derivarlas a otro centro donde se finalizaría la cría y se comercializarían de forma ilegal. El centro al cual se derivaban las crías sustraídas para finalizar la cría era conocedor del origen ilícito de las mismas. Los acusados también llegaron a finalizar la cría en sus propios domicilios, habiéndose encontrado aves en muy malas condiciones de salud, una de ellas incluso muerta, debido a la precariedad de las instalaciones.

Las aves gerifante son especies protegidas recogidas en el Anexo I de la Directiva de Aves y en el Convenio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestre. El halcón peregrino, en concreto, es una especie autóctona catalogada e incluida en el Anexo IV de la Ley 42/2007 de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, y es objeto de medidas de conservación especiales. El comercio de estas especies está totalmente prohibido sin la expedición del correspondiente CITES, que debe ser expedido por la Autoridad Administrativa Cites competente. Por ello, para dar apariencia de legalidad a las ventas realizadas, los acusados también falsificaban la documentación administrativa CITES.

Por los hechos descritos el Tribunal condena a los acusados por los delitos de tráfico ilegal de especies del artículo 334 del CP, hurto continuado de especial gravedad del artículo 235.3º del CP en relación con los artículos 234 y 74 del CP y falsedad documental del artículo 392 del CP en relación con los artículos 390 y 74 del CP.

También en este periodo se dictó la SAP Navarra núm. 1100/2022, de 20 de noviembre, que revoca la sentencia absolutoria dictada en primera instancia por la venta de un espécimen disecado de milano negro, careciendo de la preceptiva autorización. El juez a quo basa su pronunciamiento absolutorio en la necesidad de que la especie afectada se encuentre amenazada, realizando una interpretación demasiado restrictiva del artículo 334 del CP. El Tribunal rectifica la interpretación del tipo penal realizada en primera instancia, evocando la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, que sustituyó la expresión “especies amenazadas” por la de “especies protegidas de fauna silvestre”, ampliando así el objeto material del delito. Para determinar qué se entiende por especie protegida de fauna silvestre, la sentencia acude a los Anexos A y B del Reglamento 338/97, de 9 de diciembre, relativo a la protección de especies de la flora y la fauna silvestres mediante el control de su comercio, entre las que se encuentra el milano negro. Por ende, considera el Tribunal que los hechos son subsumibles en el delito contra la fauna del artículo 334 del CP, al estar incluido el milano negro entre las especies protegidas del anexo del Reglamento.

Otra de las resoluciones a destacar es la SAP Madrid núm. 17502/2022, de 10 de noviembre, que ratifica la condena por un delito contra la fauna del artículo 334 del CP, por la venta de elementos decorativos confeccionados con marfiles procedentes de restos de especímenes de la especie “Elephantidae”, incluida en el Apéndice 1 del Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, sobre el comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres y en el Anexo A del Reglamento 338/97, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio. El recurrente impugna la sentencia dictada en primera instancia, alegando que las figuras que tenía expuestas en su establecimiento para la venta no estaban confeccionadas con marfil procedente de restos de

especímenes de la familia “Elephantidae”, y que no ha quedado acreditado que dichas piezas fuesen posteriores a 1947, que son las sujetas al convenio CITES. El recurrente también invoca el error invencible, por no ser consciente de que las piezas de su exposición fuesen elaboradas con marfil de elefante, ya que las había adquirido en el Rastro y el vendedor le había asegurado que se trataba de marfil de mamut. Asimismo, el recurrente defiende que los hechos no son punibles en vía penal, siendo de aplicación, en su lugar, la infracción del artículo 44.4.i) del Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales. El Tribunal rechazó los argumentos del recurrente, señalando el hecho de que el acusado era conocedor de la prohibición de adquirir marfil procedente de elefante y que éste adquirió las figuras sin exigir ningún tipo de documentación, recordando además la supremacía de la jurisdicción penal frente a la administrativa ante la doble punición de un mismo hecho.

Por lo que respecta al artículo 335 del CP, cabe señalar la SAP Lugo núm. 1005/2022, de 22 de noviembre, que confirma la condena por la comisión de un delito de marisqueo ilegal o furtivo tipificado en el artículo 335.2 y 4 del CP. Los acusados extrajeron ilegalmente percebes, sin control de su tamaño y cantidad, sin respetar el calendario de actuación de los perceberos y sin contar con autorización para desarrollar esta actividad de explotación. El calendario de actuación de los perceberos suele abarcar algunos días de los meses de abril a agosto y diciembre, meses durante los cuales van rotando las subzonas de explotación para no agotar el recurso. Según el Tribunal, lo que determina la relevancia penal de la conducta es el día en que se hizo la extracción -que se encontraba fuera del calendario de actuación- y el hecho de que la zona se encontraba cerrada al marisqueo por la necesidad de preservar el recurso. La sentencia también menciona otros criterios que se tienen en cuenta para valorar la relevancia de la actividad como la cantidad de marisco recogido y el valor de mercado del recurso dadas las circunstancias de que la extracción se ha llevado a cabo en época de veda.

Las resoluciones relativas al artículo 336 del CP que han sido objeto de análisis, recogen diversas interpretaciones sobre las diferentes artes de caza y su capacidad destructiva para la biodiversidad y el ecosistema, aspecto

esencial para incardinar la conducta dentro del tipo penal. La SAP Madrid núm. 3187/2023, de 13 de febrero, valora unos hechos consistentes en la instalación de ocho cepos tipo ballestas con cebo de hormiga alada para la captura de pájaros, llegando a caer en la trampa dos ejemplares de petirrojo y otros dos de mirlo común, que murieron a consecuencia del traumatismo provocado por el mecanismo de dicha trampa. La utilización de trampas tipo ballestas para la caza es un procedimiento no selectivo prohibido específicamente por los artículos 65.3 y el Anexo VII de la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad y el artículo 27 de la Ley 2/1991, de 14 de febrero, de la Comunidad de Madrid, para la Protección y Regulación de la Fauna y Flora Silvestre. Además, el petirrojo y mirlo común son especies no cinegéticas según la Orden 918/17, de 10 de mayo, por la que se fijan las limitaciones y épocas hábiles de caza, y el petirrojo está incluido en el listado del Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, que desarrolla el listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial. El Ministerio Fiscal recurre la sentencia de instancia porque considera que los hechos descritos no son únicamente constitutivos del delito contra la fauna tipificado en el artículo 334 del CP, sino que también constituyen el delito del artículo 336 del CP. La sentencia de instancia considera que el uso de un método no selectivo no es por sí mismo suficiente para integrar el tipo, sino que se exige, además, la generación de un específico y grave riesgo para la fauna, equiparable al del uso de veneno o explosivos. Este riesgo ha de ser medido a partir de dos parámetros: la afectación a un número relevante de ejemplares y el riesgo de afectación a otras especies. Al no concurrir este específico riesgo la sentencia de instancia absuelve al acusado de esta infracción. La STS 562/2020, de 30 de octubre, recurrentemente citada en supuestos de similares características, unificó la interpretación del precepto 336 del CP, en concreto respecto al uso de la liga como método no selectivo de caza. En la referida sentencia, el Alto Tribunal interpreta que el uso de medios no selectivos de caza requiere de un plus de idoneidad a la hora de poner en riesgo el bien jurídico protegido, que se identifica como la capacidad intrínseca de generar un contexto de caza o de pesca presidido por la ausencia de control sobre el objeto que puede resultar afectado o sobre la extensión de sus efectos. Señala que

Siendo el tipo penal que contemplamos un delito de riesgo, solo la introducción de un peligro relevante para la fauna, justifica una penalidad que puede superar la que se contempla para la efectiva muerte o aprehensión de algunos de sus ejemplares. Un plus en el riesgo de lesión al bien jurídico, que debe evaluarse en consideración a la capacidad destructiva de la biodiversidad y el ecosistema en cada caso concreto.

La Audiencia considera que este riesgo, que ya se ha materializado en la captura de dos petirrojos y dos mirlos comunes, queda muy distante del resultado devastador que la utilización del uso de explosivos o de veneno u otros artilugios que son a los que hace referencia el artículo 336 del CP. El Ministerio Fiscal pone el foco en el aspecto cualitativo del riesgo, en tanto que pudo afectar a otras especies insectívoras. No obstante, el Tribunal carece de elementos para valorar el referido aspecto cualitativo del riesgo, por lo que se ciñe al aspecto cuantitativo, concluyendo que la conducta no reviste los elementos suficientes para colmar el tipo penal del artículo 336 del CP.

En términos similares se pronuncia la SAP Huelva núm. 1094/2022, de 9 de septiembre, que absuelve al autor de unos hechos consistentes en desplegar una red abatible y poner un reclamo vivo para cazar aves fringílicas, que gozan de un régimen de protección general de conformidad con la ley 8/2003, de 28 de octubre de la flora y la fauna silvestres y el Decreto 23/2012, de 14 de febrero, por el que se regula la conservación y el uso sostenible de la flora y la fauna silvestres y sus hábitats. El método de red con reclamo es calificado como no selectivo y prohibido por el Anexo I de la Ley 8/2003, de 28 de octubre, de la Junta de Andalucía de la Flora y Fauna Silvestres, así como por el artículo 62.3.a) y el Anexo VII de la Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y la Biodiversidad. Sin embargo, para resolver si el arte de caza empleado por el acusado repercute en el deterioro de la biodiversidad, el Tribunal se vale de la jurisprudencia del Alto Tribunal. Hace referencia a la STS 562/2020, de 30 de octubre, a fin de valorar si un método no selectivo de caza o de pesca es lo suficientemente idóneo como para generar un riesgo de destrucción de la riqueza animal, en cuyo caso, será equiparable al riesgo que introduce la caza con explosivos o con veneno. También alude a la STS 420/2022, de 28 de abril de 2022, que fija dos parámetros principales para evaluar el potencial de

afectación a la biodiversidad del modo de caza no selectivo: “a) el riesgo de que el modo de caza perjudique a un número relevante de ejemplares de la especie; b) el riesgo de afectación a otras especies”. La misma sentencia enumera también otros parámetros subordinados o complementarios, a saber: “a) las características del mecanismo de captura desplegado. En especial, si se busca mantener, o no, con vida a los animales; b) las posibilidades situacionales de proceder a la inmediata liberación (vivos) de cuantos ejemplares se capturen de otras especies; c) la fácil retirada o portabilidad de las técnicas o métodos de caza empleados que posibilite neutralizar riesgos de que sigan generando efectos de captura indiscriminada más allá del momento en que los cazadores abandonen el lugar”.

Partiendo del criterio asentado por el Alto Tribunal, la Audiencia llega a la conclusión de que los hechos no son punibles penalmente por diversas razones. La primera, que en el momento en que los acusados fueron sorprendidos por los agentes, no portaban ninguna pieza cazada o capturada, encontrándose la red desplegada sin ningún ave atrapada. Tampoco pudieron determinarse las dimensiones de la red, por lo que no es posible afirmar que exista un riesgo de afectar a un número de ejemplares relevante para el crecimiento y subsistencia de cualquier especie. Además, al tratarse de un sistema manual, es imprescindible el factor humano, por lo que no es comparable con la incapacidad selectiva inherente al uso de explosivos o de veneno. Otra de las razones que esgrime el Tribunal es que la caza de jilgueros, ave fringílida muy común, admite captura bajo autorización para su cría en cautividad y su posterior educación en el cultivo del canto. Por último, el Tribunal deduce, por la naturaleza de las piezas que trataban y la utilización de reclamos vivos de idéntica especie, que el objetivo de los acusados era atrapar a sus presas con vida y que estos no tenían intención de abandonar los medios de caza, lo que implica que la red no podía extender sus efectos sin la intervención material de los acusados y el medio utilizado podría permitir la liberación -con vida- de ejemplares de otras especies que hubieran sido capturados. En consecuencia, el Tribunal considera que no los hechos no suponen un peligro relevante para la fauna ni que tal conducta tuviese la capacidad destructiva de la biodiversidad y el ecosistema.

En la misma línea se encuentra la SAP Navarra 1542/2022, de 14 de diciembre, que basa su pronunciamiento absolutorio en la ya citada jurisprudencia del Alto Tribunal. El Tribunal valora el empleo de instrumentos de caza, tales como una jaula trampa con un mecanismo de caída de las puertas a modo de guillotina, un cebo de pisada en el que tenía capturada una gineteta viva, dos jaulas trampa con sistema de embudo y un lazo de sirga con el cual capturó y dio muerte a un zorro por ahorcamiento. Para apreciar la antijuridicidad reclamada por el tipo penal, el Tribunal indica que es necesario que se acredite el riesgo y el grado de lesividad alcanzado por la concreta conducta de caza no autorizada, así como el potencial alcance de las capturas indiscriminadas y de los riesgos de situaciones de letalidad introducidos. En este caso, con la utilización de dos jaulas trampa, un cebo y un lazo sólo se hubieran podido atrapar cuatro animales, y no un número indeterminado. El Tribunal añade que tampoco se podía atrapar cualquier animal, sino singularmente mamíferos vertebrados. Por ende, el Tribunal determina que los métodos de caza empleados por los acusados no son equiparables ni al veneno ni a los explosivos de modo que la conducta no es constitutiva del delito contra la fauna tipificado en el artículo 336 del CP.

En sentido contrario se pronuncia la SAP Jaén núm. 1930/2022, de 23 de noviembre, que ratifica la sentencia condenatoria por la comisión de un delito del artículo 336 del CP, por la colocación en pasos de fauna de varios lazos de acero para atrapar conejos y animales silvestres, habiendo atrapado a través la utilización de este arte a un zorro vivo y a cuatro cadáveres de zorros con signos evidentes de haber fallecido por el estrangulamiento del lazo, en concurso real con el delito del artículo 335.1 y 4 del CP. El recurrente alega el principio de intervención mínima del derecho penal, considerando que el zorro es una especie cazable, y que los hechos tienen lugar en período hábil de caza. El Tribunal afirma que el empleo de cebos constituye un medio de similar eficacia destructiva para la fauna que el veneno, dada la imposibilidad de discriminar la especie animal que se ve finalmente afectada por el mismo, y ello conlleva la integración de la conducta dentro del tipo penal del artículo 336 CP. Por lo que respecta a la aplicación del artículo 335 del CP, la sentencia menciona que en la fecha de los hechos estaba prohibida la caza del zorro por

la Resolución de 6 de mayo de 2019 por la que se aprueban los periodos para la caza en Andalucía, de modo que son plenamente subsumibles dentro del tipo del artículo 335 del CP. Por tanto, el Tribunal descarta la aplicación del principio de mínima intervención por resultar en su lugar de aplicación el principio de legalidad, dado que la conducta tiene perfecto encaje en los tipos del artículo 335 y 336 del CP.

En lo que se refiere a los delitos de maltrato animal, con carácter previo, cabe hacer breve mención a la reforma del CP operada por la reciente Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La citada reforma suprime los artículos 337 y 337 bis e introduce un nuevo título que lleva por rúbrica “Delitos contra los animales”, que comprende los artículos 340 bis a 340 quinquies. Las resoluciones analizadas en esta crónica versan sobre el delito de maltrato animal del suprimido artículo 337 del CP. Resulta de especial interés traer a colación dos sentencias del Alto Tribunal con pronunciamientos divergentes en relación con la aplicación del delito de maltrato animal tipificado en el antiguo artículo 337 del CP, que no dejan de presentar cierto interés para calificar futuras conductas de maltrato animal, ahora tipificadas en los artículos 340 bis y siguientes.

La primera de ellas es la STS núm. 4937/2022, de 22 de diciembre, que evalúa si el hecho de disparar a una vaca como acto de sacrificio es una conducta merecedora de reproche penal en determinadas circunstancias. Los acusados, subidos a un tractor, estuvieron un tiempo detrás de la vaca, hasta que ésta se topó con un obstáculo que la hizo detenerse. Uno de los acusados aprovechó que la vaca estaba parada para dispararle causándole su muerte. La razón que motivó tal acción, según aducen los acusados, fue que el animal se había roto una pata trasera, por lo que tomaron la decisión de sacrificarlo. El Alto Tribunal alude al Reglamento 1099/2009 del Consejo, de 24 de septiembre, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza, al Real Decreto 37/2014, de 24 de enero, por el que se regulan aspectos relativos a la protección de los animales en el momento de la matanza y a la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, dictada para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio. También hace referencia a la Ley

5/2002, de 23 de mayo, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de Extremadura, que incluye entre las obligaciones de los poseedores de animales de renta la de proporcionarles una muerte indolora y rápida a todo animal en estado de agonía sin posibilidad de supervivencia, obligación que recaerá sobre el responsable -propietario o no- del animal, y que será siempre llevada a cabo por personal veterinario. Atendiendo al marco normativo expuesto, la sentencia considera que no hay lugar a dudas de que la ejecución del animal incumplió la normativa aplicable. El hecho de que los acusados actuaran movidos por el deseo de evitar mayores sufrimientos a la vaca tampoco atenúa la antijuridicidad de su conducta, dado que se trata de un ser vivo que no puede ser considerado como un simple objeto susceptible de ser disparado en cualquier circunstancia. Incide el Alto Tribunal en la carencia de justificación exigida por el tipo del artículo 337 del CP, entendiendo excluidas del ilícito penal aquellas conductas que se encuentren legalmente autorizadas (como la experimentación con animales o los festejos taurinos), así como cualquiera otra actuación en la que concurren razones objetivas que, pese a no estar legalmente previstas, hagan que el comportamiento que se enjuicia no desencadene un significado reproche social. La proyección de esta doctrina lleva al Alto Tribunal a afirmar que, “es evidente que el reproche social vinculado a la muerte de un animal, sin observancia de las normas que reglamentan su ejecución en los casos de padecimiento de una lesión dolorosa que le inhabilita para su vida ordinaria, justifica una sanción”, no obstante, matiza que en el presente supuesto “la intensidad y el significado de ese reproche obtienen un mejor tratamiento en el ámbito del derecho administrativo sancionador” lo que se traduce en la aplicación del principio de intervención mínima y el carácter de última ratio del derecho penal.

La segunda es la STS núm. 153/2023, de 26 de enero, que realiza una interesante valoración de los rasgos diferenciales entre los apartados primero y cuarto del artículo 337 del CP. En este supuesto, los acusados omitieron atender las necesidades de agua y alimento de sus perros, así como sus necesidades higiénicas y sanitarias, manteniéndolos en un estrecho recinto del que no podían salir, y con mínima posibilidad de resguardarse de la luz del sol. Tal omisión ocasionó a los animales trastornos como desnutrición, falta de

higiene y atención veterinaria y mal aspecto de pelo, presentando estos un comportamiento asustadizo al contacto con las personas. El Alto Tribunal se centra en valorar la gravedad de las lesiones ocasionadas por la actuación omisiva de los autores, ya que de ello dependerá la subsunción de la conducta en el apartado primero, que exige el menoscabo grave de la salud del animal, o en el apartado cuarto del artículo 337 del CP. Para ello, acude a resoluciones dictadas por la misma sala, como la STS núm. 186/2020, de 20 de mayo, y la STS núm. 229/2022, de 11 de marzo. En ambas sentencias se compara el tipo penal del artículo 337 del CP con los delitos de lesiones protectores de la integridad física de los humanos de los artículos 147 y siguientes del CP. Tomando como referencia el concepto de tratamiento médico o quirúrgico, el Alto Tribunal asume que será necesario que el animal requiera para su curación tratamiento veterinario, más allá del que se agota en una primera asistencia. Además, el Alto Tribunal menciona algunos factores circunstanciales a los que también se debe prestar atención, que, sin ánimo de exhaustividad, podrían consistir en la intensidad de la intervención veterinaria requerida, la exigencia de 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. En relación con el apartado cuarto del artículo 337 del CP, el Alto Tribunal indica que comprende no sólo los ataques violentos, sino todos los comportamientos que, por acción u omisión, sean susceptibles de dañar la salud del animal. A su vez, 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. La sentencia afirma que no todo estado de desnutrición supone un menoscabo grave para la salud, fundamentando tal expresión en la doctrina científica que distingue entre muchos tipos de desnutrición, desde la muy leve hasta la muy grave, pudiendo esta última ocasionar al cuerpo un daño permanente e incluso la muerte. De los informes veterinarios se deducía que las lesiones de los animales no ponían en riesgo su vida y tampoco se observaron lesiones internas graves, por lo que el Tribunal concluye que los hechos tienen su encaje en el delito leve de maltrato animal del artículo 337.4

del CP, por no revestir la gravedad requerida en el apartado primero del mismo precepto. Cabe mencionar, que, de acuerdo con el nuevo artículo 340 bis del CP, el elemento que determina la apreciación de un delito en su modalidad leve es el requerimiento de tratamiento veterinario, sin que se haga mención alguna a la gravedad de las lesiones. Por tanto, según el tenor literal del nuevo precepto, el maltrato grave sin causar lesiones o la causación de lesiones que no requieren asistencia veterinaria quedarían incardinadas en el delito leve de maltrato animal del artículo 340.4 bis.

Por último, la SAP Oviedo núm. 101/2023, de 9 de enero, estima el recurso de apelación interpuesto por el acusado, razonando la necesaria concurrencia de dolo para incurrir en el delito de maltrato del artículo 337 del CP. En este supuesto, el recurrente era empleado en un local al cual acudían gatos que él se preocupaba de alimentar. El propietario del local instó el desahucio de este por impago, y el recurrente no indicó que solía alimentar a gatos callejeros que se introducían en el local. Tras recibir una llamada alertando de que en el interior del local se oía maullar, los bomberos rompieron la puerta del local y accedieron al interior, donde encontraron los restos de un gato que había sido comido por otro gato que sobrevivió, presentando este último un deterioro físico extremo. El Tribunal considera que no se puede deducir que la voluntad del recurrente fuera la de desentenderse de los gatos y abandonarlos a su suerte, pudiendo a lo sumo hablarse de una negligente actuación del recurrente, que no se habría representado la posibilidad de que hubiera gatos dentro del local cuando se produjo el lanzamiento, lo que justifica el pronunciamiento absolutorio.