

JURISPRUDENCIA PENAL AMBIENTAL

(PRIMER SEMESTRE 2022)

MARIA MARQUÈS I BANQUÉ

Profesor agregada de Derecho Penal

Universitat Rovira i Virgili

NÚRIA TORRES ROSELL

Profesor agregada Serra Húnter de Derecho Penal

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 sobre la ordenación del territorio, en el periodo de referencia de esta crónica, las sentencias recaídas sobre el art. 319 CP inciden mayoritariamente en cuestiones interpretativas que cuentan ya con una muy consolidada doctrina jurisprudencial. Por esta razón merece destacar, por su valor altamente simbólico, la STS núm. 996/2021, de 16 diciembre. Esta sentencia hace referencia, por primera vez en materia ambiental, a la idea de justicia intergeneracional: “la protección medioambiental opera como factor de primer orden en la conservación de la naturaleza, que es un valor constitucional, como lo es la conservación de la fauna o de la flora. Son valores que trascienden al tiempo en tanto que suponen la herencia del futuro hacia las generaciones venideras. Por eso, el Código Penal incluye tal protección

entre sus preceptos, porque la infracción o puesta en peligro de tales valores son extraordinariamente importantes para todos, incluso para el propio planeta”.

Entrando en las cuestiones ordinarias de interpretación del art. 319 CP, la SAP de Almería (Sección 2ª) núm. 27/2022 de 27 enero, reitera que para ser sujeto activo del delito en calidad de promotor no se requiere la condición de profesional de la construcción (“es promotor toda persona física o jurídica que impulsa, programa o financia con recursos propios o ajenos obras de edificación para si o para su posterior enajenación. Lo es quien construye una vivienda en terreno no edificable de su propiedad, amparado en una licencia municipal para construir una caseta para herramientas”). En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Pontevedra (Sección 4ª) núm. 157/2021, de 16 noviembre, que añade: “Por su parte el constructor en quien tampoco es precisa titulación, es quien realiza materialmente la obra, de modo que si es un particular quien construye pueden confluir en él ambas calidades, tanto la de promotor como la de constructor”.

Así mismo, la SAP de Almería (Sección 2ª) núm. 27/2022 de 27 enero desestima la concurrencia de un error de tipo sobre el elemento “suelo no urbanizable”. La acusada alegaba la ignorancia de esa condición por existir en la misma zona “un pequeño núcleo de población, cuyos vecinos- según dicen no han sufrido ninguna clase de repercusión administrativa o penal y no han sido demolidas sus construcciones. Añade que por el acervo cultural de la acusada no podía conocer el carácter del suelo, ya que había alcantarillado y suministro de luz en la zona”. La Sala desestima el motivo argumentando que “como sabe cualquier ciudadano medio, para llevar a cabo una construcción es precisa licencia municipal, a solicitar en el Ayuntamiento correspondiente”, sin que conste que la acusada sea una persona de escasa formación. En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Lugo (Sección 2ª) núm. 211/2021, de 30 noviembre, si bien el error en este supuesto venía calificándose como error de prohibición.

Otra cuestión abordada por la ya citada la SAP de Pontevedra (Sección 4ª) núm. 157/2021, de 16 noviembre, es la relativa al bien jurídico protegido por el artículo 319 CP. La Sala sintetiza la doctrina jurisprudencial al respecto,

recogiendo distintas resoluciones entre las que cabe destacar, por su claridad, la SAP Tarragona núm. 388/2019, de 5 de noviembre, que señaló que "el bien jurídico que se protege mediante el artículo 319 CP que no es la normativa urbanística, sino el valor material de ordenación del territorio entendido como utilización racional del suelo orientado a los intereses generales o como adecuación de su uso al interés general, partiendo de su condición de recurso natural limitado. Por tanto, el objeto y los fines de protección no se miden por la correspondencia entre edificación y condiciones de la licencia para edificar. Las desviaciones del marco de la autorización son, prima facie, protegibles y reparables por la normativa administrativa sectorial. Incluso, la edificación sin licencia realizada en suelo no urbanizable, cuando no afecta a espacios protegidos o de especial relevancia como los precisados en el apartado primero del artículo 319 CP, no pasa necesariamente por la sanción penal. Por tanto, lo que se castiga, porque lesiona el bien jurídico, son las acciones constructivas en un suelo no urbanizable que, en atención al cómo se construye, al qué se construye, al dónde se construye o por quién se construye infringen de forma nuclear los fundamentos, no de la disciplina urbanística sino de la ordenación urbanística que garantiza el uso racional, controlado, sometido a un proceso de transparencia en la autorización y en el control de la ejecución, garantizando la igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas en el acceso y uso del suelo." En este periodo, en el mismo sentido se pronuncia la STS núm. 241/2022, de 16 de marzo.

Esta misma sentencia recuerda todavía la improcedencia de la alegación del principio de intervención mínima en sede judicial, en la medida que, como es sobradamente conocido y ha reiterado en múltiples ocasiones el Tribunal Supremo, el principio de intervención mínima "es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal".

La SAP de Segovia (Sección 1ª) núm. 90/2021, de 30 noviembre, trata otra de

las cuestiones recurrentes en la aplicación del delito urbanístico: la prescripción. El supuesto de hecho refiere un cambio de uso de una parte de una nave almacén y zona de cría de perros a vivienda. La Sala desestima la alegación de que el delito contra la ordenación del territorio pudiera estar prescrito dada la fecha de construcción de la nave. “El momento relevante, incluso sin considerar la afirmación del juez de lo penal sobre el delito permanente, es cuándo se cambió el uso de la nave a vivienda en vez de nave almacén. Por tanto, el momento en que se construyó la estructura de la obra es irrelevante. Y frente a lo que la parte expone, el proceso de transformación de la nave en vivienda ha sido paulatino y se estaba aún desarrollando cuando intervinieron los agentes de la autoridad, no sólo por el enfoscado o el arreglo de la escalera de entrada, sino por la misma instalación de calefacción, en que como los agentes comprobaron estaba la preinstalación faltando la colocación de los radiadores, o las rozas existentes para instalaciones eléctricas externas, estando en construcción una edificación para albergar un grupo electrógeno”.

La STS núm. 996/2021, de 16 diciembre pone de relieve el impacto de la apreciación de los supuestos agravados en el plazo de prescripción. Así, en el caso enjuiciado, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la SAP de Madrid (Sección 29ª) núm. 407/2019, de 28 de junio de 2019, que había absuelto a los acusados por entender prescrito el delito, sin tener en cuenta la posible concurrencia del supuesto agravado del art. 338 CP (afectación de un espacio natural protegido), a pesar de tratarse de una parcela enclavada en un Espacio Natural Protegido por partida doble, al ser Parque Regional, y al integrarse en la Red Ecológica europea "Natura 2000". El Tribunal Supremo reenvía la causa al Tribunal sentenciador “para que, con libertad de criterio, pueda decidir todas las cuestiones suscitadas por las partes, con análisis exhaustivo de la concurrencia del art. 338 del Código Penal”.

Con respecto a la relevancia penal de la posterior legalización de la obra, tanto la sentencia ahora comentada como la STS núm. 241/2022, de 16 de marzo y la SAP de Cáceres (Sección 2ª) núm. 302/2021, de 23 noviembre, confirman que lo relevante, a efectos de interpretación del elemento “no autorizable”, es la normativa vigente en el momento de la obra. Sin embargo, cabe destacar que

esta última sentencia aprecia la circunstancia atenuante de reparación del daño del artículo 340 CP, puesto que “la posterior ‘legalización’ no lo ha sido de la obra inicialmente realizada por el acusado, sino de otra diferente, previa demolición de aquello que resultaba incompatible con la normativa urbanística, concluyéndola como una obra de diferente naturaleza (agrícola y no residencial) que ya sí se ajusta a las previsiones de esa normativa urbanística”.

En cuanto a las resoluciones en las que se analiza la aplicación del delito de prevaricación urbanística del art. 320 CP, cabe referir la SAP de León núm. 474/2021, de 20 de diciembre, en la que se analiza la eventual concurrencia del delito en un supuesto relativo a la tramitación de expedientes de restauración de cabañas de pastor y para los animales que, tras haber sido usadas de generación en generación, y habiendo sufrido un abandono masivo de su uso ganadero tradicional, fueron destinadas al recreo ocasional y, posteriormente, a su empleo como casas de montaña o como segundas residencias. Con el fin de adaptar las antiguas construcciones a los nuevos usos a los que iban a ser destinadas las cabañas, se acometieron obras de adaptación para las que se solicitaron al Ayuntamiento las licencias preceptivas. En tales solicitudes se hicieron constar, sin embargo, pequeñas reparaciones cuando se trataba, en realidad, de reformas estructurales para dar a las cabañas un destino residencial y sin que el ayuntamiento controlase si las obras se ajustaban a la licencia solicitada. La resolución efectúa un análisis detallado del tipo penal del art. 320 CP, lo que lleva a centrar los sujetos activos y potenciales responsables de la conducta delictiva en los funcionarios –Alcalde y Concejales- que mediante conductas decisorias o informes o dictámenes infringieron, a sabiendas de la injusticia de su resolución, las obligaciones de observar la normativa urbanística. Como señala la resolución, esencial en el delito de prevaricación urbanística es la actuación de los sujetos activos a sabiendas de su injusticia, lo que implica que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Así, como sostiene la resolución, “no basta que la resolución sea ilegal o contraria a derecho, sino que esa contradicción ha de ser de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable.” La

resolución deslinda la actuación penalmente relevante de aquella que constituye una infracción de la normativa administrativa y toma como base el argumento que “no es suficiente la mera ilegalidad, que puede ser reparada por la vía de la nulidad en el ámbito de la contencioso-administrativa, debiendo reservarse la aplicación del Derecho Penal, a los casos más graves. Por tanto, no toda irregularidad en tramitación de un expediente, no toda omisión de un trámite legalmente exigido, puede ser calificada como constitutiva de un delito de prevaricación, pues la jurisdicción penal no tratade sustituir a la jurisdicción contencioso- administrativa en su labor genérica de control del sometimiento dela actuación administrativa a la ley y al derecho, sino de sancionar supuestos límite, en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado o a los intereses generales de la Administración Pública, eliminando arbitrariamente la libre competencia, en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad, sino la arbitrariedad lo que se sanciona.” Más allá de la concreta configuración del tipo penal, en la que la resolución sigue los parámetros establecidos por sentencias previas del Tribunal Supremo, una cuestión que plantea la sentencia es si, dado que uno de los acusados expresaba su conformidad con el escrito del Ministerio Fiscal, ello incidía en la valoración de la responsabilidad concurrente para el resto de concejales acusados. El tribunal considera al respecto que, pese a que las decisiones sobre urbanismo se adoptaban en la Junta de gobierno por todos sus integrantes, al haberse delegado por el alcalde a dicha junta tales competencias, el alcalde se reservaba en la practica la facultad de fijar el contenido y la forma de lo que la junta de gobierno debía votar, por lo que era él quien determinaba, orientaba y delimitaba las materias a tratar en dichas Juntas, lo que condujo a mantener el enjuiciamiento de los concejales con el fin de valorar su eventual responsabilidad una vez aceptada la condena al alcalde. Respecto de estos concejales la Sala consideró, precisamente, que el hecho de que votaran a favor de tomar en consideración los informes técnicos no implicaba una voluntad de contravenir de manera “fragante, tosca y evidente la legalidad” que, por el contrario, sí se hubiera cometido si se hubiera votado a favor del

archivo del expediente, lo que no fue planteado como tal, determinado su absolución en sentencia.

2. DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

En el periodo temporal de referencia de esta crónica cabe destacar seis sentencias relativas a delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, tres de ellas relativas a supuestos de contaminación acústica.

La primera de las resoluciones sobre contaminación acústica es la STS núm. 129/2022, de 16 febrero. La Sala recuerda que la supresión de la condena por dos delitos de lesiones, como consecuencia del recurso de apelación, no impide la aplicación del tipo agravado que el CP prevé en el último párrafo del art. 325, como pretendía el recurrente en casación, “pues en lo que respecta a la estructuración típica de delito del delito del art. 325.1 del Código Penal, tiene establecido esa Sala que se trata de lo que la doctrina considera como un delito de peligro hipotético, también denominado de peligro abstracto-concreto, de peligro potencial o delito de aptitud. De modo que no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro al bien jurídico protegido”.

La STS núm. 870/2021, de 12 noviembre, acoge de nuevo el criterio interpretativo sobre la relación entre los distintos tipos del artículo 325 CP, establecido por primera vez en la STS núm. 207/2021, de 8 de marzo. Como ya señalamos en las dos últimas crónicas, la Sala concluyó entonces que, en materia de contaminación acústica, “no existe un tipo básico alojado en el artículo 325.1 CP para aquellos casos -que siempre encontrarán mejor tratamiento en el derecho administrativo sancionador- en que la contaminación acústica sea susceptible de generar un riesgo para la salud de las personas que, sin embargo, no llega a ser grave o a tener significancia”. El Tribunal Supremo entendió que, a pesar de la remisión del artículo 325.2 CP a las conductas descritas en el artículo 325.1 CP (propio de los tipos agravados), “resulta especialmente difícil concluir que se trata de una agravación, sin otro apoyo que el vuelco sistemático que ha experimentado ese precepto, que ha

sido desplazado del inciso final del verdadero tipo básico a un párrafo y un apartado distinto, ahora incluidos en el art. 325.2 del CP”. Conforme a esta idea, la Sala reitera que “el tipo básico del delito contra el medio ambiente por contaminación acústica que genera grave daño a la salud de las personas, exige como presupuesto del tipo objetivo, además de la infracción legal o reglamentaria de las normas protectoras, que se haya desarrollado una acción capaz de generar un riesgo potencial grave -no leve- para la salud de las personas. (...) Lo contrario supondría erosionar el carácter fragmentario del derecho penal, su condición de última ratio, además del principio de proporcionalidad”.

Como señalamos entonces, este nuevo criterio interpretativo tiene consecuencias penológicas relevantes: “En efecto, la pena a imponer en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, es la pena de prisión de 6 meses a 2 años (art. 325.1), no la de 2 a 5 años (art. 325.2). La creación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas no es un tipo hiperagravado que exaspere la pena impuesta en el art. 325.2 del CP a aquellas conductas que ‘...pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales’. La generación de un riesgo grave para la salud de las personas representa un tipo autónomo que añade un potencial peligro a la estructura del tipo básico que, por su propia naturaleza, agrava la respuesta penal definida en el art. 325.1 del CP”. Esta interpretación del Tribunal Supremo convierte la redacción actual del art. 325 CP (fruto de la reforma de 2015) en la legislación más favorable en los supuestos de contaminación acústica.

Otra cuestión a destacar de la STS ahora comentada es la disminución de la pena impuesta por los dos delitos de lesiones cometidos, por considerar que el exceso de la pena en relación al mínimo legal implicaba “una clara infracción del principio non bis in idem”: “Los elementos citados por la Sala -situación prolongada en el tiempo, y el resultado de cierta entidad que afecta a la salud de los querellantes- son los mismos que el tribunal de instancia ha tenido cuenta para poder calificar los hechos tanto como un delito de contaminación acústica del art. 325 CP como de dos delitos de lesiones art. 147 CP, por lo que procede rebajar la pena impuesta a la mínima de 3 meses de prisión por

cada delito de lesiones”.

Todavía en materia de contaminación acústica, cabe citar la STSJ de Madrid, núm. 423/2021 de 17 diciembre. Si bien esta sentencia no añade elementos novedosos en la interpretación del delito, sí es un claro ejemplo de la recurrente confusión que se observa en la jurisprudencia con relación al requisito de gravedad, que se predica indistintamente del peligro como del perjuicio, sin que debiera considerarse en ningún caso lo mismo.

En otro tipo de defecto de argumentación incurre la SAP de Almería (Sección 2ª) núm. 423/2021, de 5 noviembre. Los hechos probados se refieren a un supuesto de vertidos de aguas residuales sin depurar, procedentes de una estación de bombeo, que tuvieron lugar los días 1 y 13 de febrero de 2018 y los días 27 de marzo y 1 de abril de 2019 debido, respectivamente, al deficiente funcionamiento de la depuradora y a la falta de adaptación de la producción a las obras que se estaban acometiendo para la mejora de la misma. Aquello que cabe señalar de esta sentencia, que no aporta elementos interpretativos novedosos, es la errónea cita jurisprudencial para describir la estructura típica del delito del art. 325.1 CP. Con base en jurisprudencia anterior a la reforma de 2015, califica el art. 325.1 CP como de delito de peligro hipotético. Esta afirmación es parcialmente errónea, en la medida que el actual art. 325.1 CP es un tipo híbrido de lesión y de peligro, pues se refiere a actos de contaminación que “causen o puedan causar” daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas. Al margen de las críticas que pueda merecer la actual redacción y mientras no se modifique el delito, es importante no caer en automatismos que pueden tener consecuencias prácticas.

La STSJ de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 329/2021, de 7 octubre, rechaza la apreciación de la atenuante de reparación del daño en un supuesto de vertidos. Sorprende, en este caso, que a pesar de ofrecer una magnífica síntesis de los elementos que configuran esta circunstancia, en ningún momento se haga referencia expresa al art. 340 CP (circunstancia atenuante específica) o al art. 21 CP (circunstancia atenuante genérica). En este supuesto la ausencia de referencia legal no tiene trascendencia práctica, puesto que la apreciación de la circunstancia se rechaza “además de por su

extemporánea alegación, por la falta de acreditación de los hechos y consecuencias que la avalarían, máxime porque, recuérdese, la doctrina legal categóricamente exige que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cuya carga compete a quien las alega, estén tan acreditadas como el hecho delictivo mismo”. Sin embargo, cabe recordar que es relevante reconducir adecuadamente estos supuestos a la circunstancia atenuante específica del art. 340 CP, pues ésta tiene un trato penológico mucho más favorable (pena inferior en grado) que la circunstancia genérica del art. 21 CP, a la que se le aplican las reglas del art. 66 CP.

La última sentencia que cabe destacar en este periodo es la SJP de Huelva núm. 386/2021, de 23 diciembre. Se trata de una extensa resolución que aborda la extracción de aguas subterráneas en el Espacio Natural de Doñana. La sentencia absuelve a trece agricultores, siete entidades vinculadas a los administradores y dos alcaldes (estos en concepto de cómplices), tanto del delito contra los recursos naturales y el medio ambiente como del delito de usurpación – distracción de aguas por el que habían sido acusados subsidiariamente. La sentencia analiza pormenorizadamente y con abundante argumentación doctrinal y jurisprudencial los elementos del delito y su aplicación al caso concreto. La absolución se sustenta sobre la base de la apreciación de un error, que puede calificarse tanto de tipo como de prohibición. Son cuestiones que se estiman especialmente relevantes en este caso la previa existencia legal de los pozos y la actuación de la Administración, en la medida que los agricultores actuaron al amparo de convenios en lo que pretendía ser un proyecto piloto de sostenibilidad ambiental.

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

En el análisis de las resoluciones emitidas en el periodo de referencia en cuanto a los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos destaca, en primer lugar, la STS núm. 229/2002, de 11 de marzo, en la que el Tribunal analiza el alcance que deba darse a la expresión “menoscabo grave de la salud” consignada en el art. 337.1 CP en sede delitos contra la fauna y, en concreto, en el delito de maltrato animal. En este sentido, la sentencia no obvia la oportunidad para criticar el recurso del legislador a

términos demasiado elásticos que, con escasa deferencia al principio de taxatividad, constituyen campo abonado para provocar valoraciones dispares. Pero la aportación principal de la resolución mentada es la interesante labor exegética que realiza del calificativo “grave” contenido en el art. 337.1 y la valoración respecto de la subsunción de hechos menos graves en el art. 337.4 CP. En concreto, la resolución analiza el supuesto de hecho en el que un individuo propinó diversos golpes con la mano en la que portaba un sello a su perro de ocho meses y doce kilos de peso, lo que provocó en el animal cojera y herida incisa en el pecho. Los golpes los propinó tras el impacto de su mano con los dientes del animal cuando ambos iban a recoger una sardina que había caído al suelo. Puesto que el recurrente no explora una presentación de los hechos que permita desarrollar la justificación o incluso la atipicidad de su conducta, el tribunal centra su argumentación en el análisis de la gravedad del menoscabo infligido al animal y discute si el resultado halla encaje en el art. 337.1, en el 337.4 o fuera del ámbito del Derecho penal.

Para ello, el Alto Tribunal remite al contenido de la STS núm. 186/2020, de 29 de mayo, en la que se modificó la inicial condena por el delito del art. 337.1 para acabar condenando por el 337.4 CP. En esta resolución de 2020 el Tribunal sostenía que la modalidad básica del 337.1 CP debía interpretarse de forma equivalente al 147.1 en sede de lesiones contra las personas, de modo que el animal requiriera para su curación de un tratamiento veterinario más allá del que se agota en una primera asistencia, si bien valorando también, con el fin de alcanzar el plus que requiere la referencia explícita a la gravedad, factores como “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. Sin olvidar que, si éstos últimos conllevan la pérdida de un sentido, órgano o miembro principal, necesariamente determinarían la imposición de la pena en su mitad superior (artículo 337.2)”. Con todo, de no tener encaje en este concepto, la resolución de 2020 instaba a remitir la conducta al delito leve del art. 337.4 CP consistente en maltratar

cruelmente, esto es, infligiendo un maltrato que, aislado o reiterado, implicara un especial desprecio hacia el sufrimiento y el dolor que se genera.

En su reciente resolución, el Tribunal reclama además que en la labor interpretativa se comparen las penas previstas en ambos preceptos (147 y 337 CP) partiendo de la base que no pueden ser inferiores aquellas que se impongan a las lesiones causadas a las personas. Así, mantiene el texto que “(n)o sería tolerable que unas mismas lesiones ocasionadas a un animal (ser sintiente) mereciesen una penalidad superior que las producidas a un hombre. En este caso si proyectamos las mismas lesiones a una persona la pena podría ser una multa (art. 147.1 CP) cuando en un animal de los contemplados en el art. 337.1º no se podría eludir una pena privativa de libertad (salvo una atenuante cualificada como en este caso)”. Ciertamente, como señala el Alto Tribunal, la comparación penológica presenta dificultades en tanto el máximo del art. 147.1º CP es superior al máximo del art. 337.1 CP y hay un marco penal que se solapa. Sin embargo, el Tribunal considera que esta comparativa es ineludible y que su apreciación lleva a interpretar de forma estricta la gravedad de la lesión como elemento típico del art. 337.1º. Afirma, así, la resolución: “Han de ser lesiones de especial entidad; tanta, como para que se capte como proporcionada una eventual equiparación penológica con las mismas lesiones causadas a otra persona.” Además, el Tribunal Supremo, acogiendo el argumento del Ministerio Fiscal, insta a acudir al derecho administrativo sancionador para los ilícitos de menor entidad, esto es, a las previsiones de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio.

El Tribunal Supremo concluye excluyendo la aplicación del 337.4 CP por considerar que no concurre la “crueldad” en la conducta del acusado y que los golpes no fueron gratuitos sino producto de la reacción frente a una actitud agresiva del perro. La conclusión alcanzada por la Sala motiva la formulación de un voto particular por parte del magistrado Sánchez Melgar, disintiendo del sentido absolutorio de la resolución mayoritaria, por considerar que la reacción del individuo hacia el cachorro fue violenta, injustificada y grave, por lo que hubiera debido mantenerse la calificación impuesta en la sentencia de la Audiencia.

En cuanto a la Jurisprudencia de las Audiencias en la que se analizan los delitos contra la fauna, destaca la SAP de Bizkaia núm. 90046/2022, de 14 de febrero, en la que se confirma la sentencia condenatoria para las cuatro acusadas de un delito del art. 335.1 CP por la pesca de angulas en la desembocadura del río Estepona Ibaia. La sentencia alude a la protección reconocida a la anguila, citando la inclusión de la anguila europea en el apéndice II del Convenio Cites y en el Anexo B del Reglamento 338/97 del Consejo de 9 de diciembre relativo a la Protección de Especies de Flora y Fauna Silvestres mediante el control de su comercio. Asimismo, la resolución toma en consideración que en la actualidad la anguila se encuentra fuera de los límites biológicos de seguridad, en peligro crítico y catalogada como vulnerable en el Libro Rojo de los vertebrados español. La pesca de la angula en la Comunidad Autónoma del País Vasco está regulada básicamente en la Ley 6/1998 de 13 de marzo de pesca marítima y Decreto 41/2003 de 18 de febrero de pesca de la angula (modificado por el Decreto 107/2005 de 10 de mayo y por el Plan de gestión para la Recuperación de la Anguila Europea). Ello implica que para poder practicar la pesca en el País Vasco la normativa requiera estar en posesión de una licencia personal e intransferible que permite el ejercicio en una única cuenca o zona delimitada. Asimismo, a efectos de la resolución y tomando en consideración que el periodo temporal en el que se producen los hechos coincide con las restricciones por la crisis sanitaria de la Covid 19, es importante tener en cuenta que el Gobierno Vasco suspendió definitivamente la campaña 2020-2021 para la pesca de la angula por la situación provocada por la pandemia y las restricciones horarias que afectaban al desarrollo de una campaña "normal" de pesca teniendo en cuenta el horario de toque de queda.

La Audiencia no escatima en reconocimiento a la calidad de la sentencia recurrida por su precisión en el análisis de la normativa administrativa y rechaza los argumentos de los recurrentes en cuanto que la condena no se impone por una eventual destrucción grave del hábitat de la anguila, sino por la realización de una actividad de pesca sin contar con licencia y respecto de una especie cuya captura ha sido prohibida por normativa autonómica. No se admite, en consecuencia, la alegación relativa al desconocimiento de la

prohibición, por ser notoria, conocida por la generalidad de ciudadanos y más por quienes disponen de utensilios propios de la pesca, así como tampoco la alegación relativa a la escasa cantidad de angulas incautadas, que no se atribuye sino al escaso tiempos del que dispusieron los sujetos activos antes de su aprehensión.

También sobre el 335 CP se refiere la SAP de Jaén núm. 190/2021, de 9 de noviembre, en la que se analiza la adecuación respecto de la aplicación de los apartados segundo y cuarto del precepto en un supuesto en el que se analiza la conducta de los acusados consistente en dar muerte a un jabalí en propiedad privada careciendo del preceptivo permiso o autorización. Los acusados sostienen en su recurso la irrelevancia penal de la conducta, merecedora a lo sumo de responsabilidad administrativa. En contra de esta pretensión, la Audiencia plantea que la caza de especie no protegida en zona acotada y cuya captura está sometida a autorización queda subsumida en el art. 335.2 CP. Asimismo, la resolución razona que, si bien resulta de aplicación al concreto supuesto de hecho, el art. 335.4 por la presencia de un grupo de tres o más personas, no resulta de aplicación la agravación del art. 338, referida a la afectación de espacio natural protegido pues, aun cuando, efectivamente el delito se cometió en espacio protegido, no resultó especial afectación a dicho espacio, por lo que la pena no podría ser incrementada en grado, sino simplemente en su mitad superior, algo a lo que atiende la sentencia de la Audiencia.

En la SAP de Granada núm. 616/2021, del 7 de octubre, se resuelve un asunto relativo a la utilización de tres redes japonesas como medio de caza en el que quedaron atrapados dos jilgueros más uno que se encontró atado en girasoles próximos y que era empleado como reclamo. Se analiza, en este sentido, la aplicabilidad del artículo 336 CP y para ello, la resolución recurre a lo dispuesto previamente en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2020, considerando que la referencia a la utilización de medios de caza o pesca no selectivos, no puede excluirse que repercuta sobre especies distintas a las que son objeto de persecución, ni que su operatividad alcance a un número suficientemente importante de ejemplares, lo que ocurre cuando se emplean métodos como la liga, las redes o mallas verticales o el humo. Sin embargo,

para que pueda concluirse que hay un riesgo potencial para la fauna con nivel de lesividad equivalente al que se atribuye al veneno o a los explosivos, es necesario identificar un riesgo elevado de poder perjudicar a la biodiversidad. Así, la resolución considera inaceptable que la puesta en riesgo de un número de ejemplares irrelevante para el crecimiento y la subsistencia de cualquier especie pueda integrar per se el tipo del art. 336 CP, superando incluso la penalidad que se contempla para la efectiva muerte o aprehensión de alguno de los ejemplares. Esto es, la sentencia excluye una interpretación literal del tenor del artículo 336 CP y exige atribuir a los instrumentos no selectivos una eficacia similar al veneno o el explosivo. Como consecuencia de esta argumentación, la Sala resuelve que no consta que los medios empleados causaran un riesgo en la biodiversidad de la zona y revoca, por lo tanto, la sentencia condenatoria.