

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2
PALMA DE MALLORCA**

AUTO: 00010/2019

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA
SECCIÓN SEGUNDA**

Rollo:715/2018

**JUZGADO DEL QUE DIMANA: INSTRUCCIÓN 1 Ibiza
PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: DPA 184/2016**

APELACIÓN PENAL.

A U T O NÚM.10/2019

=====
ILMAS. SRAS. MAGISTRADAS:

**Dña. María del Carmen González Miró
Dña. Mónica de la Serna de Pedro
Dña. Raquel Martínez Codina**

En Palma de Mallorca, a 9 de Enero de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción número 1 de Ibiza en procedimiento Diligencias Previas número 184/2016 se dictó auto con fecha 23 de enero de 2018.

Por Procurador/a D. Alberto Vall Cava de Llano en representación de Asociación Basta ya de maltrato animal se interpuso recurso de reforma y subsidiario apelación. Dado traslado el Ministerio Fiscal impugnó el recurso. La Abogacía de la Comunidad Autónoma impugnó el recurso. Por Procuradora Dña. Vicenta Jiménez Ruiz en representación de D. Miguel Vericad Murillo se impugnó el recurso

Por auto de fecha 27 de marzo de 2018 se desestimó el recurso de reforma y se admitió a trámite el recurso subsidiario de apelación al que se le dio el trámite correspondiente presentándose alegaciones por la defensa de

Basta ya de maltrato animal y por la defensa de la Comunidad Autónoma.

SEGUNDO.- Remitidas las actuaciones a esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial para resolución del recurso de apelación, llegadas que fueron, se abrió el oportuno Rollo de Sala, habiendo correspondido la Ponencia del asunto, por el número asignado al mismo a Dña. María del Carmen González Miró, quien tras la oportuna deliberación expresa el parecer de este Tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Formula recurso de apelación la acusación particular contra la resolución de sobreseimiento del proceso. En el escrito alegatorio al recurso de apelación destaca que la decisión de sacrificar las cabras de Es Vedrà se hizo sin ajustarse debidamente al procedimiento que establecen las leyes y además que la investigada a sabiendas de su obligación de proteger el patrimonio etnológico, cultural y humano, dejó de hacerlo para proteger única y exclusivamente la flora existente en el islote ibicenco. Termina diciendo que *"armonizar los usos tradicionales y científicos debería haber llevado a la investigada a decidir una disminución selectiva de cabras mediante la captura tradicional y el auxilio de los científicos para, como mínimo, detectar ejemplares enfermos y ancianos para su eliminación mediante armas de fuego"*.

Asimismo expone el recurrente que las cabras son animales domesticados, introducidas en el islote por el hombre y alimentadas temporalmente por los vedraners, se trata de animales no salvajes, por tanto entrarían en el elenco de animales protegidos por el artículo 337 CP. Explica en el recurso que se trata de cabra ibicenca o pitiusa en peligro de extinción.

Con base en ello termina solicitando que se deje sin efecto el auto recurrido y *"en su lugar se acuerde la continuación de las diligencias hasta el total esclarecimiento de los hechos"*.

En el escrito de alegaciones al recurso de apelación no dice que diligencias debieran practicarse para esclarecer los hechos. Sí lo señala en el escrito de interposición de

recurso de reforma y subsidiaria apelación. Expone que la diligencia necesaria es la de requerir al periódico Última Hora para identificar a uno de los testigos de la masacre, cuyo testimonio, señala es fundamental para aclarar hechos nucleares de la comisión de los delitos planteados y además requerir a la Conselleria de Medi Ambient para el aporte de las autorizaciones relacionadas con el uso de armas de fuego.

En el auto acordando sobreseimiento se viene a decir que no procede practicar esas diligencias dado el sobreseimiento acordado.

En la investigación, las diligencias probatorias asumen como función la de preparar el juicio oral mediante la comprobación o investigación de la notitia criminis para determinar fundamentalmente el hecho punible y su presunto autor. Estos actos de investigación o instructorios o diligencias sumariales son actos de las partes y del Juez de Instrucción mediante los cuales se introducen en la fase instructora los hechos necesarios, bien para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría (art. 299 Lecrim) bien para evidenciar la ausencia de alguna presupuesto condicionante de la apertura del juicio oral. En orden a valorar la denegación de las diligencias probatorias ha de valorarse si de su práctica pudiera derivarse el efecto de modificar la resolución dictada o alterar el curso del proceso.

Si de sobreseimiento de la causa se trata, deberá considerarse si las diligencias interesadas podrían desvirtuar los indicios incriminatorios existentes y que han llevado al dictado del auto de transformación en Procedimiento Abreviado para determinados delitos. Asimismo habrá de tenerse en cuenta si es necesaria su realización en esa fase procesal por la dificultad en su averiguación que no sería razonable proponer en escritos de calificación.

En cuanto a la testifical interesada no se argumenta en el recurso qué hechos de los que llama "nucleares" podrían aclararse y muy especialmente no se argumenta que la testifical podría conllevar una revocación de la resolución de sobreseimiento. En cuanto a las autorizaciones de armas de fuego no se advierte por el recurrente trascendencia alguna en relación con los concretos tipos penales por los que se trata de formular acusación.

Así pues las diligencias no se muestran como imprescindibles para el dictado de la resolución finalizadora de la instrucción.

Por tanto procede analizar la adecuación de la resolución dictada desde el examen de los escritos de las partes y las diligencias probatorias ya practicadas.

Comenzando por la prevaricación denunciada es de ver que en fecha 24 de mayo de 2016 (fl 732) se presentó escrito como ampliatorio de denuncia en que se alegaba que los hechos eran constitutivos de prevaricación. En realidad no se ampliaba la denuncia sino que se introducía una nueva valoración jurídica. En ese escrito se argumentaba que la prevaricación devenía del incumplimiento del art. 5 de la Ley 1/1992 conforme al cual *"el sacrificio de los animales se efectuará de forma instantánea o indolora, y siempre con aturdimiento del animal o pérdida de conciencia del mismo, a excepción de las corridas de toros y tiradas al pichón"*. Además se argumentaba que los investigados pretendían el exterminio de todas las cabras, vulnerando la obligación de garantizar la supervivencia de la especie.

El auto acordando el sobreseimiento provisional nada resolvió acerca de la prevaricación, tampoco lo había hechos antes. El auto resolviendo recurso de reforma admite que no hubo tal pronunciamiento y en cuanto a la prevaricación argumenta: *"meramente indicar que no resulta de lo actuado, que ninguno de los denunciados adoptase resolución arbitraria, ni obrase en modo alguno susceptible de ser calificado como prevaricador"*.

Es claro que esa respuesta judicial carece de motivación, pues evidentemente no basta decir que no hay prevaricación porque no hay resolución prevaricadora.

Ahora bien, el recurrente no pide nulidad de la resolución, veda por tanto a esta Sala que declare la nulidad de la resolución sobreseyente por falta de motivación.

Pero existe además un argumento de mayor peso. El escrito que decía ampliar denuncia por prevaricación sustentaba la ilegalidad en la resolución de sacrificio de los animales. El escrito de alegaciones al recurso de apelación se fundamenta en la ilicitud del procedimiento administrativo seguido. Se evidencia que ni siquiera la acusación particular tiene muy claro porqué estima que la resolución es disconforme a Derecho.

Uno de los elementos esenciales del delito de prevaricación administrativa es que la resolución sea:

- arbitraria y
- dictada a sabiendas de su injusticia.

No se trata de una mera ilegalidad, problema que puede y debe ser resuelto por la jurisdicción contencioso-

administrativa (TS 19-11-08), sino que debe suponer una contrariedad a Derecho de mayor gravedad, una desviación de poder.

El Tribunal Supremo enseña que para la existencia del delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria a Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico -jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, 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 (STS 5-3-03).

Pues bien, del propio examen del expediente administrativo se evidencia que sí hubo un estudio del problema suscitado con las cabras en el islote y se valoraron las soluciones. La alegación de vulneración de normas de procedimiento administrativo es sorpresiva en esta alzada, además no se ofrece argumento serio de que con ello la respuesta hubiese sido radicalmente distinta, no se olvide que el propio recurrente expresa la adecuación de la matanza con arma de fuego de cabras aunque no de todas ellas, por lo que mal se puede fundamentar ahora el maltrato .

Desde luego que se lamenta la muerte de animales, sobre todo cuando según resulta de las actuaciones fueron introducidos en el islote por la mano del hombre, sin embargo en el ámbito penal en que nos movemos, al margen de que analizar si pueden existir otras formas más adecuadas y menos violentas de gestionar la fauna, lo relevante si la resolución adoptada adolece de vicios tan evidentes que se muestre como radicalmente contraria a Derecho y como hemos señalado esa patente ilegalidad no existe. Distinto es que pudiese impugnarse la decisión en la vía contencioso administrativa.

Incide el recurrente que las cabras de Es Vedrà son animales domesticados y por tanto entran en el tipo del artículo 337 del Código Penal. Afirma el recurrente que según su tesis la investigada ha ordenado matar injustificadamente medio centenar de cabras de Es Vedrà.

Recordemos que tras la reforma de 2015, pueden ser objeto material del delito:

- los animales domésticos o amansados,
- un animal de los que habitualmente están domesticados, que temporal o permanentemente viva bajo control humano, o
- cualquiera que no viva en estado salvaje.

Es clara la dificultad de considerar incluido en el art. 337 del Código Penal a las cabras de Es Vedrà pues a pesar de ser introducidas por el hombre y tener algún contacto con los habitantes de es Vedrà viven en estado de libertad. Pero con todo lo especialmente relevante es que el tipo no sanciona por sí solo la muerte de un animal sino el maltrato y además requiere que esté falta de justificación. Efectivamente, el art. 337 CP sanciona al *"que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometiéndole a explotación sexual"* Pues bien, para que en el caso que nos ocupa faltase la justificación sería necesario que la conducta no fuera conforme a Derecho y como hemos señalado la resolución no es prevaricadora, esto es, al menos no es evidentemente contraria al Ordenamiento Jurídico. Asimismo obran en la causa plurales informes que justifican la medida, así los agentes forestales del departamento de medio ambiente del Govern Balear informan que la presencia de cabra en la isla es un factor regresivo y degradante para la expansión de muchas especies vegetales y especialmente especies endémicas protegidas y es evidente que son un factor potenciador del proceso erosivo. Un profesor titular de la Universidad de las Islas Baleares informa que es totalmente negativa la presencia de esa especie en la isla. El director conservador del Parc natural de cala d'Hort, cap Llentrisca i Sa Talaia considera incompatible la presencia de las cabras es el islote y finaliza abogando por la eliminación de todas ellas. Otros múltiples informes tienen el mismo sentido. Es imposible que penalmente se determine que no existía justificación de la resolución administrativa. No se olvide que el delito de prevaricación no permite considerar la bondad de decisiones desde una perspectiva política sino exclusivamente desde la óptica del Derecho. Es más aunque se considere que hubiese sido deseable evitar la muerte de animales y conseguir algún otro destino para ellos, es de ver que los recurrente tampoco expresan que existiese una alternativa legal viable y adecuada para mantener a los animales con vida. En este sentido al indicar los particulares para este recurso de apelación incluyen únicamente el reportaje sobre la captura tradicional de cabras por parte de los vedraners y resulta

que se trata de una persecución, que acaba inmovilizando y sacrificando a machos. Luego difícilmente pueden sustentar ahora que estamos frente a un maltrato cuando sí aprueban esa persecución y muerte.

Tampoco se aporta informe alguno que determine que con la muerte de las cabras de Es Vedrà se vea afectada la supervivencia de la especie en modo tal que haya de considerarse que era obligada su protección ni se explicita de forma clara que la especie tuviese impedida su muerte, tal es así que el propio recurrente como hemos dicho aprobaba la muerte aunque selectiva.

En definitiva, los hechos carecen de entidad penal por lo que procede la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas del presente recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al supuesto de autos,

PARTE DISPOSITIVA

La Sala ha resuelto **DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por Procurador D. Alberto Vall Cava de Llano en representación de Basta ya maltrato animal contra auto de 27 de marzo de 2018 que confirma el de 23 de enero de 2018 dictado en Procedimiento Abreviado 184/2016 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Ibiza y, en su consecuencia, **CONFIRMAR** dicha resolución.

Las costas se declaran de oficio.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

Así por este nuestro auto, cuyo original se unirá al legajo correspondiente, testimonio al rollo para su archivo y certificación al Juzgado de Instrucción, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.