



Roj: **SAP CA 536/2018 - ECLI: ES:APCA:2018:536**

Id Cendoj: **11012370042018100002**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **4**

Fecha: **29/06/2018**

Nº de Recurso: **175/2017**

Nº de Resolución: **241/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA INMACULADA MONTESINOS PIDAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ

SECCIÓN CUARTA SENTENCIA. NUM. 241/2018

PRESIDENTE:

D^a. MARÍA ISABEL DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ

MAGISTRADOS:

D^a. MARÍA INMACULADA MONTESINOS PIDAL

D. MIGUEL ÁNGEL FELIZ Y MARTÍNEZ

JUZGADO DE LO PENAL Nº 4 DE CÁDIZ PA 367/11

DIMANANTE DE LAS DP: 1988/07 JUZGADO MIXTO Nº 2 DE PUERTO REAL

ROLLO DE SALA Nº 175/2017

En la Ciudad de Cádiz, a 29 de junio de 2018.

Vista por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, la causa referenciada al margen, siendo parte apelante EL MINISTERIO FISCAL, LA ASOCIACION BIENESTAR ANIMALES "EL REFUGIO", Coro Y Cristina , parte apelada Cecilio , Elvira , ASOCIACION PROTECCION ANIMALES "EL REFUGIO" Y Cornelio , y ponente la Magistrada lltma. Sra. Dña. MARÍA INMACULADA MONTESINOS PIDAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Por el lltmo. Sr. Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Penal nº 4 de Cádiz, con fecha 01/09/17, se dictó sentencia en la causa de referencia, cuyo Fallo literalmente dice:

"Que debo absolver y absuelvo a Elvira , Cornelio y Cecilio del delito continuado del art. 337 y de la falta continuada del art. 631.2 del Código Penal por los que eran acusados.

Se declaran de oficio las costas causadas.

Se alzan las medidas cautelares que, en su caso, se hubieran acordado."

2.- Contra dicha Sentencia se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación del Mº Fiscal y las acusaciones ejercidas por Coro y Cristina y la Asociación para el bienestar de los animales "El refugio", y admitidos los recurso en ambos efectos, conferidos los preceptivos traslados, elevados los autos a esta Audiencia, formado el correspondiente rollo, fue designado Magistrado Ponente, quedando el recurso visto para sentencia.

3.- En la tramitación de este recurso, se han observado todas las formalidades legales, salvo el plazo para sentenciar por la atención a asuntos penales preferentes.



HECHOS PROBADOS

UNICO .- Se aceptan los de la sentencia de instancia, fiel reflejo de las pruebas practicadas, que son del siguiente tenor:

"De la prueba practicada en el acto de juicio oral ha quedado probado y así se declara que en el km 2.700 de la carretera A-408 Puerto Real-Paterna de Rivera se halla la residencia de animales "Asociación para la protección de los Animales" El Refugio S.L." la cual tenía por objeto, entre otros y como consecuencia de diferentes conciertos o contratos suscritos con varios Ayuntamientos de la zona, la recogida de animales para su cuidado o curación, animales que podían ser entregados a particulares que los quisieran mantener si bien, si en un plazo determinado no aparecía un posible dueño, se les sacrificaba. En la citada residencia existía un honro crematorio donde se incineraban los cuerpos de los animales a los que se practicaba la eutanasia, bien en la propia residencia, bien en otras clínicas veterinarias de la provincia o a los cadáveres de animales que les eran entregados como consecuencia de los referidos contratos o convenios.

Antes de la apertura de las diligencias previas que dieron lugar a este procedimiento, desde junio de 2006 a septiembre de 2007, en dicho establecimiento la eutanasia a la casi totalidad de los perros y demás animales a los que se les practicaba se ejecutaba aplicándoles un medicamento destinado al uso humano llamado Mioflex Braun. Este medicamento es un miorrelajante que se utiliza en cirugía y a dosis adecuadas bajo supervisión de especialista anestesista que tiene como finalidad facilitar la intubación de los pacientes. El Mioflex en dosis mayores puede provocar la muerte del paciente el cual muere por asfixia, ahogado y consciente de ello. En ningún caso puede ejecutarse la eutanasia aplicando este medicamento puesto que provoca una muerte agónica e insufrible al animal que la recibe. La Eutanasia ha de aplicarse suministrando un barbitúrico como el pentobarbital sódico el cual produce una depresión del sistema nervioso central, parada cardíaca y respiratoria. Este sistema produce una rápida eutanasia con una mínima molestia para el animal.

En animales nervioso o excitados se recomienda la administración previa de un sedante. La aplicación del Mioflex para practicar las eutanasias obedecía a un doble motivo por parte de los responsables de "El Refugio", en primer lugar porque es un medicamento con un precio muy inferior al adecuado, por lo que se abarataban los costes de las muertes de los animales y por otro lado porque la aplicación del Dolethal (pentobarbital sódico), del Tiobarbital o del T61 ha de ejecutarse por vía intra venosa, mientras que el Mioflex se aplica por vía intramuscular o subcutánea lo cual es mas cómodo y menos complicado para el veterinario que ejecuta la eutanasia.

Conocían y consentían tales practicas eutanásicas Elvira que ejercía, de facto, las labores de directora del Centro, Cecilio , máximo responsable y administrador único de la entidad y Cornelio como veterinario que ejecutaba materialmente las eutanasias y que estuvo trabajando para el Centro hasta el 4 de febrero de 2007.

No ha quedado acreditado que los animales que se hallaban en "El Refugio" estuvieran en malas condiciones de salubridad e higiene o en condiciones inadecuadas al normal trato animal y que merezcan el reproche penal."

Y se añade que la causa fue incoada por auto de fecha 11-10-07 , recayendo sentencia en la instancia el 1-9-17 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- *El Mº Fiscal* como motivo único de apelación invoca infracción de ley por inaplicación del artículo 337 del Código Penal en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre. Admite los hechos probados de la sentencia de instancia que no son objeto de impugnación por entender que son fiel resultado de la prueba de cargo practicada en el Juicio Oral. No obstante, entiende que la valoración jurídica de los mismos efectuada por el Juzgador es manifiestamente errónea y no responde a una correcta operación de subsunción jurídica que debería haber conducido a la aplicación del artículo 337 CP en la redacción vigente a la fecha de los hechos.

Argumenta que es muy probable que el elemento subjetivo del ensañamiento deje fuera el dolo eventual, pero es perfectamente compatible con un dolo directo de segundo grado pues los autores ,aunque de propósito lo que perseguían era ese ahorro económico y de energías en la práctica de la eutanasia eran perfectamente conocedores de los efectos cruentos y neronianos que venían asociados a la administración del medicamento MIOFLEX a los animales que sacrificaban y por tanto incurrían en un dolo directo de segundo grado que permite concluir en la concurrencia del ensañamiento desde una perspectiva tanto objetiva como subjetiva .Los acusados sabían y aceptaban como consecuencia necesaria (dolo directo de segundo grado) aunque no principalmente buscada, que los perros y demás animales iban a morir de una manera agónica y cruel .

La *Acusación Particular* ejercitada por Coro y Cristina invoca como motivo único de apelación error en la aplicación del derecho en relación con la existencia de ensañamiento considerando que concurrían todos



y cada uno de los elementos necesarios del mismo . Como el Mº Fiscal no pretenden una alteración de los hechos sino que los hechos probados sean considerados constitutivos de un delito de maltrato animal continuado en cuanto que los acusados eran conocedores del sufrimiento agónico que producía en los animales la aplicación de Mioflex.

La *Acusación Particular* ejercitada por la Asociación para el bienestar de los animales "El refugio" se adhirió a los anteriores recursos, solicitando condena en los términos de sus conclusiones definitivas

SEGUNDO.- La primera cuestión que debemos plantearnos a nivel meramente teórico es la posibilidad de que pudiera dictarse en esta alzada una sentencia condenatoria como pretenden los apelantes.

Como razonó el TS en sentencia de fecha 18-11-14 : "Al efecto cabe recordar la ya consolidada doctrina jurisprudencial que, para los supuestos de sentencias absolutorias en la instancia, totalmente absolutorias o que lo son de una modalidad agravada penando por otra menos grave, circunscribe el debate admisible a la mera cuestión de calificación jurídica del hecho, cuya narración como probado en la sentencia recurrida debe permanecer inalterado.

Ni siquiera resulta admisible centrar el motivo del recurso en la denuncia de vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial, en cuanto a la construcción del hecho probado en procura de anulación de la resolución y regreso del conocimiento al tribunal de la instancia (SSTS núms. 491/2014 de 4 de junio en el recurso 1879/2013 , 436/2014 de 9 de mayo recurso 1902/13 y 1043/2010 de 11 de noviembre, recurso 906/2010).

Conforme a esa doctrina se proclama la inviabilidad de proceder a una modificación del hecho probado por vía de recuso cuando se trata de sentencias absolutorias. Y no solamente por imperativo del derecho a un proceso con todas las garantías, sino esencialmente por infracción del derecho de defensa si aquella revisión se lleva a cabo sin la presencia del acusado absuelto ante el tribunal que conoce del recurso.

Y también se desconocen las exigencias del derecho de defensa si se lleva a cabo cualquier modificación de hechos probados en perjuicio del penado, sin oír a éste directamente, aun cuando sea sobre la base de pruebas no personales, como la documental o la pericial documentada, o cuando se hayan modificado las conclusiones alcanzadas a través de razonamientos inferenciales, sin alterar las bases fácticas atendidas para construirlos.

Precisamente por eso el motivo que ahora estudiamos se canaliza por el cauce del art 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , afirmando que la casación se postula desde el pleno respeto a al declaración de hechos probados y el debate se limita a la calificación de éstos ."

En consecuencia en el presente caso en que no se solicita modificación de hechos probados planteándose una mera cuestión jurídica de calificación de los hechos, puede entrarse a resolver sobre si procede el dictado una sentencia condenatoria por aplicación del art 337 del CP .

TERCERO.- El art 337 vigente a la fecha de los hechos y de aplicación en cuanto que mas favorable disponía: *Los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales.*

Se ha planteado si el ensañamiento a que hace referencia dicho precepto debe ser interpretado o no en el sentido que el propio legislador le ha dado en otros preceptos del Código Penal , como en los artículos 22,5 y 139,3 º.

Mantiene la Sentencia del TS de fecha 19-1-17 : "... el ensañamiento es apreciable: 1º) por la acusación del dolor mediante actos complementarios ejecutados a tal fin sin ser precisos para la consecución del resultado mortal; 2º) por la prolongación intencionada de la agonía retrasando la llegada de la muerte precisamente para aumentar el sufrimiento; o 3º) por la elección de una acción mortífera especialmente cruel y dolorosa dejando de utilizar otro método mortal posible y menos cruelto.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Malaga de fecha 29-9-17 teniendo en cuenta este concepto de ensañamiento consideró: "(...), no puede sino concluirse como se realiza en la Sentencia de Instancia, respecto a la concurrencia del delito de maltrato animal. Y ello al resultar acreditado que la recurrente, con la cooperación del recurrente, causaron intencionadamente la muerte de un número indeterminado de animales domésticos, aplicando por el procedimiento de aplicar de propia mano Dolethal por vía intramuscular a una menor dosis de la eutanásica, prolongando de esta forma la agonía de los animales antes de morir, los cuales, ante la vista y oído de los acusados, se retorcián, daban alaridos y se orinaban, y todo ello mientras se asfixiaban a medida que su frecuencia cardíaca disminuía, su sistema respiratorio se paralizaba



progresivamente y sus músculos se contraían, proceso durante el cual conservaban la consciencia hasta que finalmente fenecían.

De este modo, *con independencia de que el uso de una dosis menor del eutanásico, obedeciese a una finalidad lucrativa, ello es compatible con que las acciones desarrolladas por los recurrentes, suponía someter a los animales sacrificados a padecimientos absolutamente injustificados e innecesarios*, pues disponiendo la Asociación de los medios precisos para realizar los sacrificios (veterinarios y quirófano), de forma consciente e intencionada, ambos recurrentes *asumen el aumento deliberado y cruel del padecimiento sufrido por los animales en el momento de su muerte. Asunción del aumento deliberado e inhumano del dolor que resulta palmario, al ser conscientes de la agonía que sufrían los animales, al verlos como se retorcían, dando alaridos, orinándose, al tiempo que se asfixiaban lentamente, contrayéndose sus músculos.*

Como señala de manera certera el Ministerio Fiscal en el escrito de impugnación a los recursos "una cosa es la finalidad última perseguida con la muerte y otra muy distinta la forma deliberada en que la muerte se ejecuta".

La Sentencia de fecha 15-6-10 de la Audiencia Provincial de Vizcaya sin embargo considera que es dudoso que la referencia al ensañamiento deba llevarnos estrictamente a la definición de la agravante del artículo 22-5º o del artículo 139-3º, que definen el ensañamiento en los delitos contra las personas. Razona esta sentencia: "En efecto, esa definición legal se refiere a supuestos muy concretos, de ataque contra bienes jurídicos personales, en los que la víctima es una persona que está siendo objeto de una agresión contra su integridad física o contra su vida que ya de por sí constituye delito pero en la que concurre una nota que le confiere una especial gravedad, el hecho de producirse con un aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido. En el supuesto que nos ocupa, por el contrario, *la referencia al ensañamiento no tiene el efecto de cualificar una acción ya de por sí delictiva sino que se integra en el tipo, de modo que la conducta tan sólo es constitutiva de delito si concurre aquél.* El ensañamiento es la nota necesaria para que el maltrato inferido a un animal sea constitutivo del delito. No basta con cualquier trato que pueda calificarse de vejatorio o degradante para el animal, se requiere la constatación de un maltrato de una notable entidad. Esa es la virtualidad de la referencia al ensañamiento y no la aplicación de las definiciones legales del término a propósito de otras figuras penales.(...)La definición legal nos lleva a un aumento "deliberado" del mal; la del diccionario alude al "deleite" en la causación del mismo. Podemos acudir al modo en el que este aspecto es valorado ordinariamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A tenor, por ejemplo, de lo dispuesto en la STS 1109/2005, de 28 de septiembre :

"Para afirmar la concurrencia del elemento subjetivo es suficiente constatar que el autor conoce que, partiendo de su previo propósito de matar, con la forma concreta en la que ejecuta su acción provoca males y sufrimientos innecesarios a la víctima. No es preciso para ello el ánimo frío que en ocasiones ha sido exigido. La necesidad de que la acción sea deliberada no exige una premeditación dilatada en el tiempo, sino que se cumple cuando el autor sabe lo que hace y los efectos que produce en cuanto al dolor innecesario para la víctima y, a pesar de ello, continúa con esa modalidad concreta de ejecución de su acción, bien sea porque los desea directamente o bien porque los acepta con consciencia clara de sus consecuencias".

Sin ninguna duda, pueden ser trasladadas estas reflexiones al supuesto de autos. No es necesaria la acreditación de una frialdad o una recreación especial en el sufrimiento de los animales. Basta con el conocimiento del trato cruel que, en este caso, ofrece una singular nota de gravedad en la prolongación en el tiempo, asumiendo en todo caso, en forma de voluntad manifiesta o en todo caso aceptación, el resultado final de la acción."

En el presente caso la sentencia tiene por acreditado que *la eutanasia a la casi totalidad de los perros y demás animales a los que se les practicaba se ejecutaba aplicándoles un medicamento destinado al uso humano llamado Mioflex Braun (...)* En ningún caso puede ejecutarse la eutanasia aplicando este medicamento puesto que provoca una muerte agónica e insufrible al animal que la recibe. *La Eutanasia ha de aplicarse suministrando un barbitúrico como el pentobarbital sódico el cual produce una depresión del sistema nervioso central, parada cardíaca y respiratoria. Este sistema produce una rápida eutanasia con una mínima molestia para el animal. (...)* La aplicación del Mioflex para practicar las eutanasias obedecía a un doble motivo por parte de los responsables de "El Refugio", en primer lugar porque es un medicamento con un precio muy inferior al adecuado, por lo que se abarataban los costes de las muertes de los animales y por otro lado porque la aplicación del Dolethal (pentobarbital sódico), del Tiobarbital o del T61 ha de ejecutarse por vía intra venosa, mientras que el Mioflex se aplica por vía intramuscular o subcutánea lo cual es más cómodo y menos complicado para el veterinario que ejecuta la eutanasia.

Conocían y consentían tales prácticas eutanásicas Elvira que ejercía, de facto, las labores de directora del Centro, Cecilio, máximo responsable y administrador único de la entidad y Cornelio como veterinario que ejecutaba materialmente las eutanasias y que estuvo trabajando para el Centro hasta el 4 de febrero de 2007.



Tanto si acogemos la definición legal de ensañamiento como la gramatical llegamos a la conclusión de que existió ensañamiento, pues con independencia de que la elección del medicamento Mioflex no tenía por finalidad aumentar el sufrimiento de los animales en su muerte, sino abaratar y simplificar las eutanasias, lo cierto es que se *conocía y consentía* que se producía una muerte agónica e insufrible, cuando ello era evitable, pues con otros medicamentos podía realizarse una eutanasia rápida con mínima molestia.

Hay que distinguir el llamado dolo directo de primer grado, que está presente cuando la finalidad de la acción del culpable coincide con la realización del tipo del delito, del dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, que existe cuando quien delinque tiene una finalidad que excede de la ilicitud establecida en la norma, pero tiene que reflejar forzosamente en su pensamiento que la acción elegida para esa finalidad pasa inevitablemente por la realización del tipo delictivo.

En el presente caso concurre dolo directo de segundo grado pues como ya hemos expuesto se conocía que se producía esa muerte agónica e insufrible, por lo que la conducta descrita en el "factum" cumple tanto con el elemento objetivo como el subjetivo del delito en cuestión.

Estamos ante un delito continuado en aplicación de art 74 del CP ya que hubo una pluralidad de acciones en ejecución de un plan preconcebido.

TERCERO. -Es responsables del referido delito (art 28 del CP) Cornelio, ya que era el veterinario que realizaba las eutanasias.

También son responsables Elvira y Cecilio, respectivamente directora y responsable y administrador único de la residencia "Asociación para la protección de los Animales" El Refugio S.L., pues si bien no ejecutaban personalmente las eutanasias tenían el dominio funcional de los hechos ya que dados sus cargos y funciones no solo conocían y consentían el uso del mioflex sino que podían haber evitado su utilización.

Cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho, todos ellos deben responder como coautores porque la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho y no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, "dominio funcional del hecho", aun cuando alguno de ellos no haya realizado materialmente la acción típica" (STS 8/10/2013).

CUARTO. Concorre la atenuante de dilaciones indebidas del art 21,6 del CP como muy cualificada ya que la causa fue incoada por auto de fecha 11-10-07, recayendo sentencia en la instancia el 1-9-17.

QUINTO. - El art 337 del CP vigente a la fecha de los hechos establecía una pena de prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales.

En aplicación del art 74 del CP se fija la pena en su mitad superior y en aplicación del art 66,2 del CP se rebaja la pena en un grado ya que si bien la atenuante es cualificada su entidad no es suficiente para mayor rebaja, por lo que se impone la pena de tres meses y 22 días de prisión e inhabilitación especial de un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales durante dicho tiempo.

SEXTO. No procede hacer pronunciamiento en materia de responsabilidad civil a favor de Coro y Cristina, pues los hechos probados de la sentencia, que no se han combatido, no hacen referencia a que se causara la muerte a algún perro propiedad de los mismos.

SEPTIMO. - En aplicación de los arts. 123 del Código Penal y 240-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se imponen a cada acusado un tercio de las costas procesales de ambas instancias incluidas las de la acusación particular.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por El Ministerio Fiscal, Coro y Cristina, y La Asociación Bienestar Animales "EL Refugio", Contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 4 de Cádiz, de fecha 01/09/17 REVOCAMOS dicha sentencia CONDENANDO a Elvira, Cecilio, y a Cornelio como autores de un delito de MALTRATO ANIMAL a la pena a cada uno de ellos de TRES MESES y VEINTIDOS DIAS DE PRISION, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e INHABILITACION para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales DURANTE UN AÑO.



Se imponen a cada condenado un tercio de las costas procesales de ambas instancias incluidas las de la acusación particular .

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia para su ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ