

Comentario sobre la Sentencia de la AP de Tarragona (sección 2ª) de 29 de abril de 2010 en el recurso de apelación penal 45/2010

(<http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/842.doc>)

I.- Planteamiento de la cuestión jurídica: el tipo delictual del art. 336 del Código Penal

La sentencia del Juzgado de lo Penal de Tortosa de 31 de julio de 2009 había declarado probado que el acusado se encontraba en un área privada de caza el 15 de octubre de 2006, utilizando el método conocido como caza “en barraca”, con muérdago o liga y reclamo eléctrico, y que en el momento en que se personaron los agentes actuantes en la barraca se encontraba allí el acusado y en su interior fueron hallados 15 tordos muertos y 2 vivos, que fueron liberados con el disolvente del que disponía. Después de las argumentaciones jurídicas procedentes al caso, la sentencia absuelve al acusado del delito contra la fauna del art. 336 del Código Penal –en adelante CP, (<http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/839.doc>) - que se le imputaba

El Ministerio Fiscal impugna esta libre absolución del acusado que decreta el Juzgado, argumentando que, “en su criterio, el Juzgador incurre en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y error en la valoración de la prueba en relación con el poder destructivo que implica el uso de dichos medios o artes de caza, cuyo uso considera... que debe ser sancionado penalmente”.

El art. 336 CP cuya infracción denuncia el Ministerio Fiscal disponía en la fecha de los hechos -15.10.2006- que “*el que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión...*” (redacción así vigente desde el 1.10.2004 hasta el 22.12.2010)¹.

La sentencia objeto de nuestro comentario reconoce en primer lugar que, en orden a la interpretación del art. 336 CP y a la subsunción en el mismo de los supuestos denominados como caza en barraca, han existido divergencias entre las Secciones 2ª y 4ª de la misma Audiencia Provincial de , pero que fueron ya resueltas estas

¹ Preciso es advertir aquí, aunque después será también objeto del comentario, que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, ha definido este tipo delictual añadiendo como disyuntiva la expresión “o no selectiva”, quedando así vigente desde el 23.12.2010 el siguiente texto: “El que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna...”

discrepancias mediante acuerdo mayoritario –no unánime²- del Pleno de la Sala Penal de esa Audiencia Provincial de 6 de mayo de 2009, en el que se decidió que “el método de caza con barraca no se entenderá incluido en la cláusula otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna”, a los efectos de servir de guía en la aplicación e interpretación futura del tipo penal previsto y penado en el art. 336 CP.

A continuación –en el Fundamento de Derecho Segundo-, deja constancia la resolución judicial de su conocimiento acerca de la preocupación por el establecimiento de restricciones o limitaciones a los procedimientos de caza como un aspecto más de la protección y conservación de la fauna silvestre, dentro y fuera de nuestras fronteras, ya desde el Convenio de París de 1902 para la Protección de los Pájaros³ Útiles en agricultura, en el que se prohibía colocar y emplear trampas –cepos-, jaulas, redes, lazos, liga y cualquier otro medio cuyo objeto fuera facilitar la captura y destrucción de los pájaros en cantidades grandes.

También deja constancia de conocer que fue el Convenio de París de 1954 el que primero estableció un listado de métodos prohibidos de caza, susceptibles de causar la destrucción o captura en masa de pájaros o de producirles sufrimientos inútiles; y que posteriormente el Convenio de Berna de 1979 recogió la prohibición de utilizar todos los medios no selectivos de captura y muerte, y los medios que puedan causar localmente la desaparición o turbar seriamente la tranquilidad de las poblaciones de una especie.

No se desconoce tampoco en sus argumentos jurídicos que la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril de 1979, relativa a la Conservación de las Aves Silvestres (actual Directiva 2009/147/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres -versión codificada-) <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/746.pdf> establece la prohibición de los medios o métodos de captura o muerte masiva o no selectiva que puedan causar la desaparición total de una especie⁴; ni se

² Porque del acuerdo mayoritario discreparon con su voto particular las magistradas SAMANTHA ROMERO ADÁN y SARA UCEDA SALES, y el magistrado JOSÉ PEDRO VAZQUEZ RODRÍGUEZ (todos de la Sección 2ª).

³ Se tradujo el título en nuestro país por “pájaros” lo que eran “aves” en el texto original de este Convenio aprobado y firmado por representantes de 12 países europeos, entre los cuales figuraba España. Y se ha de hacer la salvedad de que el término ‘pájaro’ se usa en Ornitología como mero caso particular del término ‘ave’, es decir, ‘pájaros’ son aves de pequeño tamaño, como el gorrión y el ruiseñor, o, más precisamente, las que en Sistemática zoológica se agrupan con el nombre latino de ‘passeres’, derivado de ‘passer –de donde surgió ‘pájaro’-, que significaba en latín gorrión y otras pequeñas aves similares, excluyéndose del grupo ‘aves’, por ejemplo, los abejarucos y los colibríes.

⁴ El art. 8 de la Directiva 79/409/CEE establece que “en lo que se refiere a la caza, la captura o muerte de aves en el marco de la presente Directiva, los Estados miembros prohibirán el recurso a cualquier medio, instalación o método de captura o muerte masiva o no selectiva o que pudiera causar la desaparición local de una especie, y en particular, los que se enumeran en la letra a) del Anexo IV”; y en esta letra a) del Anexo IV se señalan “lazos, ligas, anzuelos, aves vivas utilizadas

desconocen otras normas comunitarias de interés en la materia (con cita de la Directiva Hábitats 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992 <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/841.pdf>, y del Reglamento CEE núm. 3254/1991, del Consejo, de 4 de noviembre de 1991) <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/110.pdf>

Y examinando la normativa doméstica, reconoce también su consonancia respecto a las restricciones o limitaciones relativas a los procedimientos de caza, como un aspecto más de la protección y conservación de la fauna silvestre, y en especial la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, (actualmente derogada por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, la cual regula esta materia con detalle) <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/180.pdf> que en aplicación de la normativa comunitaria establece la prohibición de los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales.

Pero tampoco desconoce la Audiencia Provincial de Tarragona –en el mismo Fundamento de Derecho Segundo- que,

“existen ciertas prácticas de caza, de las llamadas tradicionales, fuertemente arraigadas en determinadas zonas geográficas, en nuestro caso en la zona del Baix Ebre y del Montsià, cuyo método de captura consiste en el empleo de liga y de reclamos artificiales, utilizando magnetófonos o aparatos que reproducen el canto de las especies”

Y reconoce que, “el empleo de liga es un medio no selectivo, en la medida en que no discrimina a priori la especie que va a resultar capturada, y puede afectar a especies distintas de las reglamentariamente permitidas...”; pero añade con punto y seguido, que “las consecuencias del empleo de este método han tratado de paliarse, incluso a través de disposiciones normativas autonómicas (art. 9.2 de la Llei 22/2003, de 4 de julio, de protección de los animales) actual Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales) <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/458.pdf>

mediante el cumplimiento de una serie de prevenciones, que ya no dependen del método en sí, sino del cumplimiento por parte del cazador de una serie de condiciones externas, como el empleo de disolventes no agresivos, etc., que permita la liberación y supervivencia de los ejemplares de las especies no autorizadas que resulten capturados.”

A continuación –Fundamento de Derecho Tercero-, y después de acabar por afirmar en el fundamento anterior que “no es la norma administrativa la que nos corresponde interpretar o aplicar, ni tampoco el concepto o medio de caza prohibido, masivo o no selectivo, puesto que en sede de jurisdicción penal... no

como reclamo cegadas o mutiladas, aparatos grabadores, aparatos electrocutantes... explosivos, redes, trampas-cepo, cebos envenenados o tranquilizantes...”

todo empleo de medios prohibitivos por la norma administrativa queda sometido a sanción penal”, argumenta que el art. 336 CP está incluido bajo la rúbrica de una serie de delitos contruidos en función del resultado, pero que el tipificado en este precepto es un delito de mera actividad, sin necesidad de un resultado, en atención sólo a la potencialidad lesiva intrínseca en los medios empleados, sancionándose el empleo de “veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna”.

El problema radica –reconoce la Audiencia- en que si bien resulta clara la prohibición de emplear “veneno” o “medios explosivos”, sin embargo resulta controvertida la inclusión del tradicional método de caza “con barraca”, como ilícito penal, entre esos otros “instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna” a la del veneno o los medios explosivos, cuestión ésta de primer orden y que afecta al principio de tipicidad penal.

Partiendo en todo caso de que nos encontramos ante un tipo delictual que no es de resultado, sino de mera actividad, argumenta la Audiencia –Fundamento de Derecho Quinto- que no nos encontramos ante un supuesto de norma penal en blanco o de reenvío normativo a otras disposiciones administrativas, sino que “nuestro precepto penal contiene una cláusula punitiva extensiva a otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna que la inherente al empleo del veneno o los medios explosivos”, por lo que, a la hora de analizar si un medio o arte de caza es sancionable desde la perspectiva penal, esta análoga eficacia destructiva al veneno o a los explosivos “ha de ser interpretada de forma estricta, como se decanta del principio de legalidad penal...”, buscando precisas razones de analogía basadas en los mismos parámetros de eficacia destructiva para la fauna y comprobar si esas mismas razones concurren en el método de caza “con barraca”, que se encarga la sentencia de definir que consiste en “la utilización de una liga o pegamento y reclamos magnetofónicos, como método de captura, y el empleo posterior a la captura de disolvente, como método de liberación, para paliar así el efecto no selectivo que a priori cabría predicar del empleo de este método”.

En la búsqueda de esas razones de analogía de este método de caza “con barraca”, a los métodos en que se emplea veneno o explosivos, la Audiencia se aparta mayoritariamente del criterio anterior que seguía la Sección 2ª (en sus sentencias de 22.10.2007, 10.12.2007, 19.12.2007 y 9.01.2008) y acoge finalmente el sustentado por la Sección 4ª en sus sentencias de 3 y 4 de diciembre de 2007.

Para apartarse de los argumentos favorables a la sanción penal esgrimidos en las referidas sentencias de la Sección 2ª, se tacha ahora de que, en rigor, esta tesis favorable a la sanción penal se basa en la simple caracterización del método como no selectivo, limitándose a constatar,

- “en primer lugar, que el método no es selectivo en sí mismo, sino que se hace depender de la propia voluntad del cazador, dado que la supervivencia requiere

una limpieza inmediata por parte del cazador del pegamento o liga impregnado en el ave,

- “y en segundo lugar, que el disolvente empleado para la limpieza provoca efectos nocivos que pueden llegar a provocar la muerte de las aves, equiparándolo al veneno previsto en el tipo penal...”

Y no comparte la Audiencia ahora estos argumentos,

- “en primer lugar, porque el disolvente no es empleado finalísticamente ‘para cazar’ como exige el precepto, sino precisamente para liberar las aves capturadas, y así limitar el efecto aleatorio o no selectivo de la caza ‘con barraca’.
- “[E]n segundo lugar, si pretendiéramos basar la eficacia destructiva del método de caza precisamente en el empleo del disolvente, ello provocaría una perniciosa consecuencia, pues se llegaría al absurdo de que el cazador preferiría no liberar a las aves, dejando de portar consigo el disolvente, pues en este caso solo podría ser sancionado penalmente en el caso de que alguno de los ejemplares fuera una especie amenazada o prohibida expresamente (arts. 334 y 335 CP)”.

No encuentra ahora la Audiencia esas razones de analogía de este método de caza “con barraca” a los métodos en que se emplea veneno o explosivos, porque lo que caracteriza a estos últimos –que son los sancionados penalmente-, es su potencialidad lesiva intrínseca,

- “no sólo por su carácter no selectivo e indiscriminado,
- “sino por el imposible reverso de la situación, o imposibilidad de controlar sus efectos devastadores”

Ambos métodos –se dice respecto del veneno y de los explosivos-, además de no selectivos, provocan de forma necesaria e irreversible la muerte de los ejemplares afectados, lo que no cabe predicar del uso de la liga, el reclamo eléctrico o empleo posterior de disolvente, que,

- “si bien son medios prohibidos por la normativa comunitaria y estatal...,
- “carecen de semejante potencialidad destructiva, y sus efectos no aparecen irreversibles, no causan *per se* la muerte de los ejemplares capturados, ni sus efectos mortales pueden considerarse intrínsecamente incontrolados, irreversibles o acumulativos, ni están llamados a provocar estragos en la preservación de la fauna en una zona más o menos localizada del medio natural, pues se admite pericialmente que un elevado número porcentaje de las aves capturadas pueden sobrevivir a su captura con el cumplimiento de las adecuadas prevenciones por parte del cazador”.

Y por esto se concluye por la Audiencia en la incapacidad de identificar, <<en los estrictos términos que reclama la garantía de taxatividad que se destila del

principio de legalidad penal, una razón de analogía, en términos de similar poder destructivo para la fauna, de los medios de caza empleados en la práctica denominada tradicionalmente como “barraca”, descartando por ello la tipicidad de la conducta y reconduciendo los hechos al ámbito administrativo en el que, en su caso, podrá originarse la correspondiente responsabilidad de este tipo, motivo por el que la sentencia de instancia acuerda su notificación al órgano administrativo competente, en su caso, para su sanción>>.

II.- Posiciones doctrinales en la jurisdicción penal sobre la caza en “barraca” o *parany*

La interpretación de este tipo delictual contra la fauna del art. 336 CP introducido en nuestro derecho punitivo por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, adolece todavía hoy de un criterio uniforme en su definición cuando se trata del empleo para la caza o pesca de instrumentos o artes de similar eficacia destructiva al veneno o a los explosivos, provocando ese carácter genérico de estos elementos ciertamente una inseguridad jurídica, pues todavía no se ha alcanzado la instancia del Tribunal Supremo que unifique las discrepancias de las distintas Audiencias Provinciales.

Lo tradicional en la jurisprudencia menor ha sido, desde un principio, dar a estos “otros instrumentos o artes” distintos del veneno o los explosivos una interpretación restrictiva, que ha puesto más el acento en la cuestión de la eficacia destructiva de los medios utilizados para cazar o pescar, que en el carácter o naturaleza de la autorización legal exigida.

Como ejemplo remoto, con ocasión de un supuesto en que se emplean fuentes de luz artificial para cazar, la SAP Teruel de 10 de noviembre de 1997⁵ revoca la condena que imponía el Juzgado de lo Penal de Teruel y absuelve a los acusados de este delito, porque entiende que este método de caza –empleo de luz artificial–, si bien es cierto que suprime o limita la capacidad de respuesta de los animales objeto de caza, colocándolos en una situación de indefensión, existen sin embargo en la legislación específica de caza otras prohibiciones que tienen su fundamento en la merma de la capacidad de defensa o respuesta de los animales objeto de caza y que sin embargo no pasan de ser meras infracciones administrativas, como ocurre, por ejemplo, con la caza en los denominados “días de fortuna”; y por ello se concluía por esta resolución judicial en que, según los términos en que se expresa el art. 336 CP, en el tipo tan sólo se permite incluir aquellos procedimientos que por su carácter no selectivo, sean susceptibles de dañar incluso a individuos de distintas especies y que además escapan en muchos casos al control de quien los usa, provocando con ello un daño ecológico grave y a veces irreversible, interpretación que se justifica también en la ubicación del ilícito dentro de los delitos contra el medio ambiente y en el principio de intervención mínima que debe presidir en todo caso la aplicación de las normas penales, relegando la conducta, en su caso, a una infracción administrativa.

⁵ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/844.doc>

En ese mismo sentido se ha pronunciado también la SAP de Cáceres (sección 1) de 26 de mayo de 1998⁶ en relación al uso para la pesca de tres redes conocidas por “trasmallos” con las que se habían capturado 98 peces, de las especies barbo y bogas. El Ministerio Fiscal imputaba a los acusados el tipo penal en cuestión por tratarse de redes con un entrelazado muy tupido que permitía la captura indiscriminada de todo tipo de peces y la defensa sostenía que no podían equipararse las redes a una eventual eficacia destructiva de las que tienen el veneno y los medios explosivos a que se refiere el art. 336 CP. Y al respecto considera el tribunal muy discutible que las redes puedan tener una eficacia destructiva similar al empleo de veneno y medios explosivos, pero para el hipotético caso de que el entrelazado de las redes fuera tan tupido que arrastraran todo cuanto encontraran, aún las crías más pequeñas, en el caso de autos existía en todo caso un verdadero vacío probatorio de tal extremo.

También la SAP Badajoz (sección 2) de 19 de octubre de 1998⁷, juzgando la caza de aves mediante el empleo de una red, considera que la interpretación de la ley penal debe efectuarse de manera restrictiva y que se ha de dar respuesta negativa al problema que plantea el art. 336 CP de determinar si en la expresión ‘instrumentos o artes de similar eficacia destructiva’ cabe incluir la caza de aves mediante el empleo de redes, sobre todo porque el poder destructivo del veneno o el explosivo es superior..., “del cien por cien, mientras que la red permite la captura de aves vivas a las que nuevamente se les puede devolver la libertad, llegado el caso”.

En relación con el concreto método de caza denominado “en barraca” (o *parany*) con liga de muérdago y reclamo eléctrico, que es el enjuiciado en la sentencia objeto de este comentario, se ha de partir de la base de que se trata de una modalidad de caza que se practica principalmente en determinadas zonas geográficas de Cataluña, Aragón y Baleares, y que fundamentalmente se dirige a la captura de zorzales o tordos.

La barraca –o *parany*- es un recinto artificial de estructura arbórea entre carrascas, que suele estar situada en puntos elevados de los cerros por donde suelen pasar bandadas de zorzales provenientes en sus migraciones de toda Europa y que en invierno vienen al Sur en busca de temperaturas más agradables, siendo uno de los corredores de estas migraciones el Valle del Ebro y las comarcas colindantes; para atraer a las aves dentro de las barracas se utilizan magnetófonos o aparatos que reproducen el canto de las especies que se pretenden capturar, y dentro de las barracas se han untado antes con liga de muérdago –*vesc*- unas pequeñas ramas en las que las aves quedan atrapadas. También se ha de decir que para liberar a las aves cuya captura no interesa a los cazadores, se dispone de disolvente con el que quitar el pegamento que les ha atrapado.

⁶ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/845.doc>

⁷ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/846.doc>

Para los cazadores se trata de una práctica tradicional en el Levante y muy antigua; y para las asociaciones ecologistas se trata, no obstante, de una técnica en la que un 30% de las aves atrapadas son aves protegidas, que no quedan siempre vivas o que no siempre pueden ser bien liberadas, no obstante y el disolvente que se les aplica para quitarles el pegamento.

Al tratarse de una práctica de caza tradicional y arraigada principalmente en la zona del Baix Ebre y del Montsiá, las audiencias provinciales que se han ocupado de su estudio y de su delimitación para su integración o no en este tipo delictual del art. 336 CP han sido la Audiencia Provincial de Tarragona y la Audiencia Provincial de Castellón, fundamentalmente, por lo que agruparemos también así sus principales resoluciones.

1.- Jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Tarragona

Las secciones penales 2ª y 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona mantenían divergencias interpretativas en torno a la subsunción en el art. 336 CP de estos supuestos de caza denominados “con barraca” o *parany*, por lo que el Pleno de las Secciones Penales de 6 de mayo de 2009 optó por resolver de manera definitiva estas divergencias.

El art. 336 CP vigente hasta el 22 de diciembre de 2010 condenaba por delito contra la fauna al que “... sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna...”; y, según este tenor, para la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona se consideraba que este método de caza “en barraca” integraba el tipo del art. 336 CP, en contra del criterio de la Sección 4ª de la misma Audiencia.

El acuerdo adoptado por mayoría de los miembros del Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Provincial de Tarragona acoge el criterio de la Sección 4ª y establece como guía en la interpretación del art. 336 CP que:

“El método de caza con barraca no se entenderá incluido en la cláusula otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna” prevista en el art. 336 CP

No obstante, hicieron constar su voto discrepante las magistradas SAMANTHA ROMERO ADÁN y SARA UCEDA SALES, y el magistrado JOSÉ PEDRO VÁZQUEZ RODRÍGUEZ (todos ellos de la Sección 2ª).

1.1.- Resoluciones de la Sección 2ª anteriores al acuerdo del 6 de mayo de 2009

La SAP Tarragona (sección 2) de 22 de octubre de 2007⁸ resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado Penal 1 de Tortosa de 3 de mayo de 2007, revocando ésta y condenando al acusado como autor de un delito contra la fauna del art. 336 CP, tomando como hechos probados que, cuando se encontraba cazando en barraca, se le encontraron 1 tordo o zorzal común vivo, que fue liberado, y un ejemplar muerto de mosquitero común y otro ejemplar muerto de “*pit-roig*”, estos dos últimos pertenecientes a especies amenazadas y catalogadas de interés especial; que disponía de disolvente homologado para aplicarlo sobre las aves impregnadas con liga que no fueran su objeto de captura; que este tipo de caza en barraca con liga de muérdago y reclamo eléctrico cuenta con una gran implantación social en la comarca, aunque no disponía de autorización administrativa.

El Ministerio Fiscal argumenta su recurso en base a que, si bien el art. 9.2 de la Ley catalana 22/2003, de 4 de julio, de protección de los animales, <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/458.pdf>, entonces vigente, autorizaba el uso de liga o muérdago, lo era de manera excepcional, previa autorización administrativa, para la captura de pequeñas cantidades de aves, en condiciones estrictamente controladas y de modo selectivo, y la caza en barraca con liga y reclamo eléctrico no es un método selectivo, sino masivo, “porque no se puede controlar el número de aves que en un momento determinado van a caer y por consiguiente cualquier ave está expuesta a engancharse en la liga y ser capturada; añadiendo el Ministerio Público además que la caza con liga está expresamente prohibida por el art. 8, en relación con la letra a) del Anexo IV, de la Directiva 79/409 CEE de 2 de abril de 1979, (<http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/729.doc>) prohibición para la que el art. 9 prevé excepciones “siempre que sea utilizada de un modo selectivo”; y, en consecuencia, considera que el método de caza en cuestión, <al ser indiscriminado tiene similar potencia destructiva que el veneno y, por ello, quedaría encuadrado en la mención que hace el precepto a “artes de similar eficacia”>.

En lo que respecta al encuadre del método de caza en barraca con liga y reclamo eléctrico en el tipo delictivo del art. 336 CP, el tribunal considera que debe analizarse (1) si es o no un método de caza selectivo; y en caso de ser un método no selectivo, debe analizarse también (2) si su potencial lesivo es indiscriminado del mismo modo que lo son el veneno y los explosivos.

El método de caza en cuestión refiere la sentencia que consiste en el empleo de varetas impregnadas de liga dispuestas sobre perchas instaladas en árboles que permite la captura de las aves que se posan sobre las ramas o los elementos auxiliares que constituyen las perchas, quedándose impregnadas de la sustancia, lo que permite su captura.

⁸ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/861.doc>

Siendo así tal método, el tribunal considera que resulta obvio que no se puede controlar el número de aves que en un determinado momento pueden llegar a caer, máxime si además se utiliza como reclamo el simulacro eléctrico del sonido del zorzal común o tordo, método susceptible de atraer no sólo a los tordos, sino también a otras especies de aves; por tanto, es un procedimiento masivo de caza; y también es no selectivo, por cuanto que cualquier tipo de ave puede engancharse a la liga y ser capturada, a no ser que en el caso concreto sujeto a enjuiciamiento el cazador permanezca en actitud vigilante y proceda a una inmediata limpieza del ave capturada para evitar su perecimiento, circunstancia esta en la que no se puede hacer descansar la potencialidad lesiva del método en sí mismo considerado, cuando, además, las sustancias utilizadas en este tipo de caza producen por sí mismas efectos nocivos para las aves susceptibles de causarles la muerte, por lo que acaba el tribunal concluyendo en que este método de caza en sí mismo considerado integra el tipo del art. 336 CP.

La SAP de Tarragona (sección 2) de 10 de diciembre de 2007⁹ resuelve con el mismo criterio de la anterior un supuesto semejante enjuiciado con absolución por el Juzgado de lo Penal de Tortosa: utilización por el cazador del método de caza en barraca, con reclamo eléctrico, disponiendo de disolvente pero no de autorización, al que los agentes rurales le encontraron 2 tordos o zorzales comunes (uno de ellos muerto).

Los argumentos del Ministerio Fiscal en su recurso de apelación a la Audiencia son los mismos que los esgrimidos en el recurso a que se refiere la SAP Tarragona de 22.10.2007 anteriormente reseñada; y también son los mismos los argumentos del tribunal, haciendo énfasis en que la supervivencia de las aves capturadas con este método de caza se hace depender de la propia voluntad del cazador, constando acreditado que “ni siquiera el empleo del disolvente permite recuperar las graves consecuencias del uso de la liga y, ello porque la pérdida de plumas (tanto de vuelo, como cobertoras y plumón), los daños en patas y pico y las distensiones musculares en alas y patas, no son susceptibles de ser reparadas por el uso del disolvente, daños que comprometen la supervivencia del ave, siendo la consecuencia inmediata de dichos daños que, una significativa parte de las aves capturadas con el “*parany*”, pueden morir durante su manejo o, a las pocas horas o días de su liberación”.

De esta sentencia es ponente la Magistrada SAMANTHA ROMERO ADÁN, uno de los miembros del Pleno de la Sala Penal de la AP de Tarragona de 6 de mayo de 2009 que emitirá su voto particular a la adopción un criterio mayoritario contrario, y expresa aquí su discrepancia con respecto a la interpretación que en supuestos iguales hacía la Sección 4ª de la misma Sala entendiendo que este método de caza carecía de semejante potencialidad destructiva a la del veneno o el explosivo, por cuanto sus efectos no se antojan irreversibles, ni causan *per se* la muerte de los ejemplares capturados, permitiendo que un elevado porcentaje de

⁹ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/862.doc>

las aves capturadas puedan sobrevivir a su captura con la adopción por parte del cazador de adecuadas prevenciones.

La discrepancia de esta Sección 2ª con respecto a la Sección 4ª se sustenta en las graves consecuencias que considera derivan del uso de este método de caza en las aves, concretamente daños irreparables, incluso con el uso de disolventes, en el plumaje desprendido y en la causación de distensiones musculares en alas y patas, que comprometen su supervivencia, a lo que se añade el carácter tóxico y narcótico de los disolventes para aumentar el compromiso de su supervivencia, viéndose afectadas por intoxicación al ingerir o inhalar tales sustancias, al tiempo que provocan alteraciones funcionales consistentes en una merma de su capacidad de vuelo y en la impermeabilidad de su plumaje, circunstancia esta que considera el tribunal permitiría equiparar sus efectos al veneno, para lo que acude a la definición que de veneno hace el diccionario de la RAE como “sustancia que, incorporada a un ser vivo en pequeñas cantidades, es capaz de producir graves alteraciones funcionales, e incluso, la muerte”...

Y termina por señalar la irrelevancia al caso de la mayor o menor implantación social que el método de caza en cuestión tenga en la zona.

La SAP de Tarragona (sección 2) de 19 de diciembre de 2007¹⁰ se remite a las anteriores de la misma sección de 22.10.2007 y 10.12.2007 –ya antes reseñadas-, haciendo énfasis también en que no solo se trata de un método de caza masivo e indiscriminado, sino que el disolvente utilizado para liberarlas es tóxico y narcótico, afectando a las aves en su comportamiento, al reducir su capacidad de vuelo y la impermeabilidad del plumaje con la consiguiente afectación de la temperatura corporal... y cargando el acento asimismo en que el reclamo eléctrico es susceptible de atraer no sólo a los tordos, sino también a otras especies de aves, por lo que debe concluirse que ambos métodos conjuntamente utilizados provocan un aumento de su potencial lesivo.

Las SSAP de Tarragona (sección 2) de 9 de enero de 2008¹¹ y dos de 4 de febrero de 2008¹², reiteran los mismos argumentos que las anteriores.

1.2.- Resoluciones de la Sección 4ª anteriores al acuerdo del 6 de mayo de 2009

La SAP de Tarragona (sección 4) de 3 de diciembre de 2007¹³ resuelve el supuesto de hecho en que utilizando el método de caza en barraca con liga y reclamo eléctrico, los acusados disponían de disolvente para aplicarlo a las aves impregnadas con liga que no fueran su objetivo.

¹⁰ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/863.doc>

¹¹ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/864.doc>

¹² <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/866.doc> y
<http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/867.doc>

¹³ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/884.doc>

En primer lugar –FD 2- analiza el tribunal el gravamen de tipo normativo relativo al delito contra la fauna del art. 336 CP, reconociendo que no es una cuestión novedosa la preocupación por el establecimiento de restricciones o limitaciones relativas a los procedimientos de caza como un aspecto más de la protección y conservación de la fauna silvestre (que ya data de los Convenios de París de 1902 y de 1954, y después el Convenio de Berna de 1979; y en el ámbito del Derecho comunitario las Directivas 79/409/CEE <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/729.doc> y 92/43/CEE, y el Reglamento CEE 3254/1991, del Consejo, de 4 de noviembre de 1991; <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/110.pdf> y en nuestro país la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/162.doc>, y la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la flora y Fauna Silvestres). (<http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/180.pdf>)

En segundo lugar –FD 3- analiza el concepto de método o medio de caza masivo y no selectivo, que podríamos considerarlo –dice- “como aquel medio de captura que no permite tener certeza de los especímenes que pueden resultar capturados, sino que éstos se conocen a posteriori, después de su captura”, reconociendo que el empleo de la liga es un medio no selectivo, en la medida en que no se puede discriminar a priori la especie que va a resultar capturada y puede afectar a especies distintas de las permitidas, pero que, pese a su prohibición en la normativa comunitaria, es un método tradicional muy arraigado en el caso de autos en la zona del Baix Ebre y del Montsiá, tratándose por ello de paliar las consecuencias de su indiscriminación incluso a través de disposiciones normativas autonómicas (art. 9.2 de la Llei 22/2003, de 4 de julio, de protección de los animales) (<http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/458.pdf>) mediante el cumplimiento de una serie de prevenciones que ya no dependen del método en sí mismo considerado, sino del cumplimiento por parte del cazador de una serie de condiciones externas, como el empleo de disolventes no agresivos, etc., que permitan la liberación y supervivencia de los ejemplares de las especies no autorizadas que resulten capturados.

Y hasta aquí podemos considerar que coinciden los criterios de ambas Secciones 2ª y 4ª de la Sala de lo Penal de la AP de Tarragona.

Pero a continuación –FD 4- esta Sección 4ª se aparta del criterio de la Sección 2ª, y considera que no puede asimilarse este método de caza en barraca con liga y reclamo eléctrico al empleo de veneno o medios explosivos –que constituyen el tipo del delito del art. 336 CP- en términos estrictos de similar eficacia destructiva para la fauna, porque –argumenta el tribunal- lo que caracteriza a los medios de caza que de forma enunciativa señala el precepto punitivo (veneno y medios explosivos) es “su potencialidad lesiva intrínseca, no sólo por su carácter no selectivo e indiscriminado, sino por la imposibilidad de reverso de la situación, o de control de sus efectos devastadores” Y aclara que el veneno y los explosivos provocan de forma necesaria e irreversible la muerte de los especímenes afectados, lo que no cabe predicar del uso de la liga, el reclamo eléctrico o el

empleo posterior de disolvente, que si bien constituyen medios prohibidos por la normativa comunitaria y estatal –lo reconoce el tribunal- carecen de semejante potencialidad destructiva y sus efectos no aparecen irreversibles, no causan *per se* la muerte de los ejemplares capturados.

Y por ello, y por imperio de la garantía de taxatividad que se destila del principio de legalidad y tipicidad penal, no encuentra el tribunal razón de analogía para equiparar este método de caza en barraca con liga y reclamo eléctrico a los métodos en que se utiliza veneno o explosivos.

En iguales términos se pronuncia la SAP de Tarragona (sección 4) de 4 de diciembre de 2007¹⁴ y todas las posteriores de esta misma Sección 4, incluidas las posteriores al acuerdo de 6 de mayo de 2009 del Pleno de las Secciones Penales para resolver la divergencia interpretativa surgida entre las Secciones 2ª y 4ª, como por ejemplo: las Sentencias de 29 de mayo de 2009¹⁵, de 29 de octubre de 2009¹⁶ y 7 de junio de 2010¹⁷.

2.- Jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Castellón

El Auto de la AP de Castellón (sección 2) de 6 de mayo de 2010¹⁸ rechaza las alegaciones del Ministerio Fiscal contra el sobreseimiento provisional de las actuaciones en un supuesto en que se había utilizado un *parany* –barraca- con varitas impregnadas en liga sobre los árboles, con utilización de aparato reproductor de sonido, porque considera que la modalidad de caza de *parany* no encaja en el tipo delictual del art. 336 CP, argumentando para ello que, partiendo de que se trata de un delito de mera actividad que no exige para su consumación la producción de un resultado, se exigen en el tipo varios elementos.

El primero de los elementos constitutivos del tipo es la ausencia de autorización legal, elemento que se daría en el caso de autos, por cuanto que carecía el acusado de autorización.

El segundo de los elementos viene constituido por la exigencia en el método de caza de una potencialidad destructiva; y al respecto argumenta el tribunal que si bien resulta clara la prohibición de emplear veneno o medios explosivos, la discrepancia surge a la hora de incluir en su misma potencialidad destructiva otros medios o artes de caza no concretados, pero de los que se ha de predicar en todo caso similar eficacia destructiva a la del veneno o los explosivos, si no se quiere contrariar el principio de tipicidad penal (pues no toda utilización de medios o artes prohibidos constituye infracción penal, aunque constituya infracción administrativa, sino que sólo excederá del ámbito administrativo para pasar a integrar el tipo penal cuando el uso de esos instrumentos o artes de caza tengan las

¹⁴ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/885.doc>

¹⁵ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/881.doc>

¹⁶ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/886.doc>

¹⁷ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/887.doc>

¹⁸ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/868.doc>

características que se predicen del uso del veneno o de los explosivos) y debiendo también en todo caso hacerse una interpretación estricta y restrictiva.

Y es aquí que el tribunal discrepa de los argumentos del Ministerio Fiscal y considera que la modalidad de caza tradicional del “*parany*” no puede ser considerada como un método o arte de caza de similar eficacia destructiva para la fauna que el veneno o los medios explosivos, porque la potencialidad lesiva está intrínseca en el veneno o en los explosivos (no sólo por su carácter no selectivo e indiscriminado, sino por la imposibilidad de reverso de la situación, o de control de sus efectos devastadores) y ambos métodos provocan de forma necesaria e irreversible la muerte de los especímenes afectados, lo que no cabe predicar del uso de la liga, el reclamo eléctrico o el empleo posterior de disolvente, que si bien constituyen medios prohibidos por la normativa comunitaria y estatal, carecen de semejante potencialidad destructiva al veneno o explosivos y tampoco sus efectos parecen irreversibles, porque no causan *per se* la muerte de los ejemplares capturados...; y en apoyo de sus argumentos invoca la SAP de Tarragona (sección 2) de 2 de julio de 2009¹⁹, constituida en Pleno de la Sala Penal para unificar criterios ante la discrepancia de sus secciones 2ª y 4ª, en que examinando la trascendencia penal de este método de caza en barraca o “*parany*” llegan al criterio mayoritario de entender que no cabe asimilar este método con el empleo de veneno y medios explosivos en los términos exigidos de similar eficacia destructiva para la fauna y para constituir el tipo delictual del art. 336 CP.

El Auto de la AP de Castellón (sección 1) de 11 de mayo de 2010²⁰ también exige para la integración del delito contra la fauna del art. 336 CP la concurrencia de tres requisitos o elementos: uno negativo (la falta de autorización legal); otro elemento objetivo (la utilización de los medios que prevé el precepto –veneno, explosivos u otros de similar eficacia destructiva para la fauna-); y otro elemento volitivo (que exige que el empleo de los medios esté dirigido o tenga por objeto la caza o la pesca).

Si el primero y el último de estos elementos no plantea ningún problema, sin embargo el elemento objetivo es la verdadera cuestión litigiosa, pero sin que se deba confundir la prohibición del método por la norma administrativa con la tipificación penal del método como delito contra la fauna, y aquí es donde se han venido haciendo distintas consideraciones jurisprudenciales respecto a distintos métodos de caza; así, por ejemplo, se ha venido considerando que es de aplicación este tipo penal al empleo de lazos no selectivos (SAP Lleida de 29 de noviembre de 2004²¹ y SAP Asturias de 20 de febrero de 2002²²), y no a la caza de ciervos con rifle valiéndose de foco (SAP Teruel de 10 de noviembre de 1997²³ y SAP Cáceres de 20 de noviembre de 1998²⁴), ni tampoco a la caza de aves con redes,

¹⁹ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/882.doc>

²⁰ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/869.doc>

²¹ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/880.doc>

²² <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/893.doc>

²³ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/892.doc>

²⁴ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/891.doc>

porque se trata de un medio de uso temporal que permite la captura de especies vivas y su posterior puesta en libertad (SSAP Badajoz de 2 de noviembre²⁵, 19 de octubre, 9 y 10 de julio de 1998²⁶), o el empleo de un solo cepto para cazar (SAP de Cáceres de 4 de mayo de 2005²⁷).

Y desde esta perspectiva razona el tribunal que esta modalidad de caza del *parany* no puede ser considerada como un método o arte de caza de similar eficacia destructiva para la fauna como el veneno o los medios explosivos, con idéntico razonamiento que el ya expuesto en la anterior resolución reseñada de esta misma Audiencia.

En el mismo sentido y con los mismos argumentos podemos reseñar los Autos de la AP de Castellón de 20 de mayo de 2010²⁸, de 4 de junio de 2010²⁹, de 9 de junio de 2010³⁰, la SAP de Castellón de 22 de junio de 2010³¹ y el AAP Castellón de 22 de septiembre de 2010³².

III.- La caza con lazos o ceptos: posiciones jurisprudenciales

Refiriéndose a si la caza con lazos o ceptos integra este tipo delictual del art. 336 CP, encontramos tres posturas jurisprudenciales distintas: la que equipara este método a un instrumento o arte de similar eficacia destructiva para la fauna al veneno o a los explosivos, y por tanto integra el delito contra la fauna; la que no lo equipara; y una tercera postura ecléctica que, considerando que el método contiene las notas características del tipo delictivo, entiende sin embargo que se ha de estar a las circunstancias del caso concreto, y en función del caso absolver o condenar.

1.- Doctrina que exige, en el elemento objetivo del tipo, que el método de caza sea indiscriminado, masivo o generalizado (indistintamente).

Refiriéndose a la caza con lazos, una primera postura jurisprudencial entiende que la referencia a esos métodos de similar eficacia destructiva al veneno o explosivos trae causa, bien de su calidad de medio de destrucción masivo o generalizado, o bien por su eficacia indiscriminada para cualquier especie o animal.

La SAP Tarragona (sección 2) de 22 de febrero de 2000³³, en un caso en que se venían colocando por el acusado lazos para la caza ilegal del jabalí sin autorización, argumenta que constituye un medio de similar eficacia destructiva

²⁵ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/890.doc>

²⁶ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/889.doc>

²⁷ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/888.doc>

²⁸ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/870.doc>

²⁹ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/871.doc>

³⁰ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/873.doc>

³¹ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/878.doc>

³² <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/872.doc>

³³ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/860.doc>

para la fauna que el veneno, porque, al igual que el uso del veneno se caracteriza por la imposibilidad de discriminar la especie de animal que se va a ver afectado finalmente, también el uso del lazo, porque en la trampa puede caer cualquier animal de un tamaño similar o menor al del jabalí, convirtiéndose así el lazo en un instrumento de eficacia destructiva indiscriminada de la fauna, motivo por el que ha de considerarse comprendido dentro del tenor literal del art. 336 CP. Se considera así que entra en el tipo delictual todo instrumento o arte de caza o pesca que tenga características similares al uso de veneno o de explosivos “en la medida en que no permitan discriminar la especie capturada o que ocasionen una masiva destrucción de la misma”

En ese mismo sentido se pronuncia la SAP de Huesca de 11 de octubre de 2001³⁴, al considerar el art. 336 CP permite incluir en el tipo aquellos procedimientos que por su carácter no selectivo sean susceptibles de dañar a individuos de distintas especies y escapar al control de quien los usa, provocando con ello un daño ecológico grave, y a veces irreversible, interpretación que entiende el tribunal acoge la utilización del lazo sin amortiguador para la caza, considerando que buena prueba de que tal lazo sin amortiguador no discrimina es que en el caso de autos quedaron atrapados animales de diversas especies: tres zorros, un tejón, una garduña y una cigüeña blanca, 6 ovejas y 2 perros; y en cuanto a la eficacia destructiva de tal medio de caza sin amortiguador, considera también el tribunal que tal potencial dañino se evidencia, pues puede causar la muerte del animal, como así había ocurrido en el caso de autos, mientras que los otros lazos, los que tienen instalado un dispositivo de amortiguación, atrapan el animal pero no lo matan, permitiendo de este modo seleccionar los que deban ser sacrificados.

También la SAP Asturias (sección 3) de 29 de octubre de 2001³⁵ considera los lazos un medio de caza no selectivo y por tanto incluido en el art. 336 CP, siendo prueba de que no eran selectivos el número de lazos utilizados (no eran para cazar un solo animal, pues eran dos lazos), su forma de utilización (pues el cazador no permanece al acecho controlando la pieza, sino que los deja en el lugar de modo que cualquier especie de animal, y no sólo un jabalí, podría verse atrapado en el lazo), y sus características (pues eran aptos para la caza tanto de jabalí, como de corzo, y obviamente de otras especies de similar o superior envergadura, incluso osos, dada la resistencia del material empleado en los lazos –cable de acero).

La misma sección de esta Audiencia Provincial de Asturias en su Sentencia de 14 de diciembre de 2001³⁶ va más lejos y argumenta que la colocación de un solo lazo de acero constituye el tipo delictual en cuestión, porque “en el orden ecológico relacionado con la fauna tan importante, o más, puede ser la calidad que la cantidad, pues la eliminación de un individuo de una especie en vía de extinción puede generar en el conjunto de los animales de la región de que se trate un efecto demoleedor, y desde esta consecuencia es que debe interpretarse el tipo

³⁴ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/857.doc>

³⁵ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/894.doc>

³⁶ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/850.doc>

del art. 336 citado para integrar en el marco de sus previsiones tanto las hipótesis de menoscabo derivado de la eliminación plural zoológica, que razonablemente puede producir el veneno y el explosivo, como el que se concreta en el individuo a proteger especialmente por hallarse en vías de extinción, y esto, que es así, es asumible, como poco, con parámetros caracterizadores del dolo eventual, por cualquiera que se complace en instalar el lazo en zona habitable por una especie tan en peligro de pervivencia como es el oso”.

En la misma línea persiste la Sentencia de 20 de febrero de 2002³⁷, de la misma sección de esa Audiencia Provincial de Asturias, incriminando en este tipo delictual la utilización de lazos como medio de caza no selectivo e incluido en el tipo del art. 336 CP, porque considera “evidente que no está en las manos del acusado por ser un hecho aleatorio que escapa de su dominio, el que en el lazo o lazos varios que el acusado pensaba e intentaba poner como trampas caigan especies que el acusado no puede controlar con lo que el peligro y consiguiente daño a la fauna puede ser irreparable e irreversible, tratándose de animales.... En vía de extinción”.

La más reciente SAP de Asturias (sección 3) de 15 de septiembre de 2010³⁸ merece una consideración especial, insistiendo en la incriminación de la caza con lazo en el tipo del art. 336 CP. En el caso de autos el medio empleado por el acusado fueron dos lazos de acero y se centra la cuestión en determinar si su utilización es susceptible de integrar o no el tipo penal en cuanto a que su eficacia destructiva pueda ser equiparada o no a la del veneno o los explosivos. El tribunal trae a colación los argumentos de otra sentencia del Juzgado Penal 4 de Oviedo (de la que había conocido en apelación la misma sección y había resuelto en su sentencia antes reseñada de 29 de octubre de 2001), en que se reconoce que la respuesta a esta cuestión exige una labor interpretativa no exenta de dificultades, por tratarse de una figura de nuevo cuño que había aparecido por primera vez en el Código Penal de 1995 y que debe partir en todo caso de la importancia que el bien jurídico protegido, el medio ambiente y el equilibrio ecológico de las especies animales y vegetales, ha adquirido en los últimos años, debido fundamentalmente a la toma de conciencia por parte de los poderes públicos de la necesidad de una protección energética y decidida frente a los ataques que sistemáticamente venían produciéndose por la actuación del hombre atacando el equilibrio ecológico y el hábitat natural de las especies y provocando en algunos casos su desaparición y en otros una amenaza para su misma subsistencia. Y es en ese marco en el que considera el tribunal que debe situarse y entenderse la protección reforzada que ha querido el legislador dar al tipificar como delictivas determinadas conductas que antes sólo merecían la consideración de simples infracciones administrativas. Por tanto, la premisa fundamental para el intérprete en este caso debe ser la necesidad de proteger todas las formas de vida, especialmente animal, frente a los ataques ciegos e indiscriminados que pongan en grave riesgo su supervivencia. Y es desde esa perspectiva que, aunque deba

³⁷ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/851.doc>

³⁸ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/852.doc>

hacerse del art. 336 CP una interpretación restrictiva, ello no debe llevar a que sea tan estricta que la previsión normativa quede totalmente vacía de contenido, por lo que se impone partir de un criterio que, basado en la identidad de razón en la interdicción y castigo de métodos de caza similares al empleo de venenos y explosivos, permita descender al supuesto concreto y en tal sentido considerarlo incurso en el tipo penal cuando se trate de medios indiscriminatorios, generalizados o masivos, es decir, aquellos que escapan al control de quien los usa y son susceptibles de causar un grave daño, bien en orden cuantitativo, o bien cualitativo.

2.- Doctrina jurisprudencial que a la indiscriminación destructiva añade la exigencia de que también sea generalizada o masiva.

Una segunda postura jurisprudencial, exige para la incriminación del método de caza, que además de la eficacia destructiva indiscriminada, sea también generalizada o masiva. Y en esta línea se sitúan las Audiencias Provinciales de Cuenca, Albacete y Barcelona.

La SAP de Cuenca (sección 1) de 14 de mayo de 2004³⁹ exculpa al acusado de este delito, no obstante y haber colocado hasta 16 lazos para la caza del zorro, con sistema de freno, pero inoperativo, por lo que aparecieron muertos una cabra montés y un jabalí, porque así como el veneno o los explosivos producen la muerte indiscriminada y generalizada de cualquier animal, en el caso de autos, durante todo el período de tiempo que estuvieron colocados los cepos, únicamente quedaron atrapados una cabra montés y un jabalí, “lo que demuestra –dice- que la colocación de los cepos no es un medio de destrucción masiva como aquéllos, y todo ello de acuerdo con un reiterado criterio jurisprudencial que proscribe toda interpretación analógica o extensiva mediante la cual se incriminen conductas o comportamientos que no se hallen expresa, clara y previamente comprendidos en la descripción típica...”; y el hecho de que el sistema de frenado incorporado a los lazos fuera inoperativo, puede en todo caso constituir una infracción administrativa, “pero nunca un delito relativo a la protección de la fauna...”

El Auto de la AP de Albacete (sección 1) de 31 de diciembre de 2002 tampoco incrimina en el caso de autos la conducta del acusado por la colocación de lazos en una finca cinegética, pese a reconocer que tal colocación pudiera ser constitutiva del delito del art. 336 CP, pero para ello se habrían de dar los tres siguientes requisitos: en primer lugar, un elemento negativo, cual es la falta de autorización legal (que se daría en el caso enjuiciado); un segundo elemento objetivo, cual es la utilización de los medios que prevé el precepto punitivo, es decir, veneno, explosivos u otros instrumentos o medios de similar eficacia destructiva para la fauna; y un tercer requisito, que sería el elemento volitivo que exige que el empleo de los medios en cuestión estén dirigidos o tengan por objeto la caza o pesca. Considera el tribunal que en el caso enjuiciado falta la autorización legal y los lazos no cabe duda que se colocaron para cazar, por lo que

³⁹ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/879.doc>

se daría el elemento negativo y el volitivo, pero faltaría el elemento objetivo – dice- “pues el número de lazos en relación con el tamaño de la finca cinegética no es alto, y... por el tipo y tamaño de lazos colocados, aunque carecen de freno, sólo se pueden cazar animales de tamaño similar al de un zorro o algo inferior, con lo que no se ha alcanzado la misma o similar eficacia destructiva que con explosivo o veneno, que se caracterizan precisamente por la destrucción indiscriminada que causan...”

La SAP Barcelona (sección 5) de 3 de marzo de 2009⁴⁰ no considera la colocación de lazos de caza equiparable a la tipicidad del veneno o explosivos como medios de caza punibles; así no incrimina la conducta del acusado que había colocado 14 lazos de distinta medida y sin tope alguno en pasos estratégicos de fauna salvaje, porque la cuestión no se centra en si es o no una técnica de caza prohibida por el ordenamiento administrativo, sino en si dicha técnica, por vía analógica, puede equipararse al veneno o a los explosivos para construir el delito del art. 336 CP, y recordando que en materia de analogía penal no caben las interpretaciones extensivas en perjuicio del reo, pese a que el lazo-cepo pueda atrapar a indistintos mamíferos vertebrados y producir su muerte por estrangulamiento e incluso una larga agonía del animal, no es posible equiparar desde el punto de vista jurídico penal esta técnica irregular con la del empleo de veneno o explosivos, puesto que lo esencial para poderlos equiparar es atender a la importancia o intensidad de la eficacia destructiva del método o medio empleado, y la técnica del lazo corredizo, aunque no distinga el mamífero vertebrado concreto que se pretende cazar, siempre tiene un carácter individual, es decir, sólo cabe, con cada ocasión en que se utiliza el lazo-cepo, la muerte de un único animal, efecto este que no es equiparable al efecto devastador y expansivo que tienen el veneno o el uso de explosivos, por lo que no pueden considerarse como de la misma o similar eficacia destructiva, pues mientras que con el veneno y los explosivos se puede producir una muerte indiscriminada y fuertemente destructiva de muchas especies vivas, con el lazo-cepo sólo se puede cazar una única pieza, con lo que su alcance dañino es muchísimo más limitado.

3.- Postura doctrinal ecléctica

Una tercera postura jurisprudencial pone el acento en los conceptos de muerte indiscriminada y generalizada de cualquier animal, en atención a las circunstancias del caso concreto, como son –para el caso del método del lazo- el tamaño de los lazos, su forma y características, su número y el lugar en que se colocan y, esencialmente, la real capacidad de incidencia para la fauna y el tipo de especies que pueden ser afectadas

Asumiendo esta postura ecléctica, se llega a pronunciamientos absolutorios y a pronunciamientos condenatorios.

⁴⁰ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/877.doc>

La SAP de Murcia (sección 1) de 11 de octubre de 2007⁴¹ es restrictiva en un caso en que el acusado había colocado en su finca 85 lazos-cable, sin sistema de freno o atrapado, con un tamaño pensado para impedir el paso y cazar animales tales como el zorro o perros asilvestrados, careciendo de permiso administrativo, del que sí que había dispuesto en los años anteriores, así como un producto raticida. En cuanto a la utilización de lazos-cable, el tribunal considera que “no pueden entenderse como un instrumento con eficacia destructiva para la caza, dado que no producen la muerte indiscriminada y generalizada de cualquier animal”, y el hecho de que fuera inoperante el sistema de frenado incorporado a los lazos carece de trascendencia penal, aunque pudiera constituir una infracción administrativa. Y en relación al empleo del producto raticida, considera el tribunal que se emplea para protección de la finca de roedores, por lo que no puede tener la consideración de un cebo a los efectos cinegéticos.

La SAP de Lleida (sección 1) de 29 de noviembre de 2004⁴² también es restrictiva en un caso en que el acusado había colocado hasta un total de 24 lazos no selectivos (consistentes en una sirga de acero que formaba una circunferencia de unos 21 cms de diámetro y que a modo de nudo corredizo se colocaba a unos 10 o 12 cms del suelo). Estudiando la cuestión, considera este tribunal que lo primero que caracteriza a los medios de caza o pesca indicados en el tipo del art. 336 CP es su potencialidad lesiva, tanto por su carácter no selectivo e indiscriminado, como por la imposibilidad de control de sus efectos devastadores, ya que son capaces de acabar con especies de todo tipo; y refiriéndose al veneno y a los explosivos, no hay duda de que ninguno de ellos deja posibilidad de salvación a las piezas de caza o pesca, exterminan todas o la mayor parte de las que se encuentran a su alcance e inciden de forma importante en el medio ambiente.

En cambio, en cuanto a la utilización de lazos no selectivos para la caza, si bien participa de esas características, porque no permite discriminar especies y además es un artilugio capaz de causar la muerte o graves lesiones, siendo por lo que expresamente aparecen prohibidos por las normas administrativas y participan también de las dos notas características de los medios a que se refiere el art. 336 CP (y por ello también en algunos casos considerado por la jurisprudencia menor potencialmente equiparables a esos otros medios o instrumentos a que se refiere el tipo penal), sin embargo se habrá de atender para ello a las particulares circunstancias de cada caso, como son su número, los parajes en que se coloquen, las dimensiones del lazo, la capacidad real de incidencia para la fauna, el tipo de especies que pueden ser afectadas..., siendo esa la línea divisoria entre la infracción penal y la infracción administrativa.

Desde la misma postura ecléctica llega a un pronunciamiento condenatorio la SAP de Huelva (sección 2) de 25 de septiembre de 2006

⁴¹ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/858.doc>

⁴² <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/895.doc>

⁴³ en un supuesto en que el acusado, con la finalidad de preservar los cultivos de su huerta de los animales procedentes del coto de caza vecino, había colocado 5 cepos tipo lazo en uno de los cuales murió por asfixia una cierva; el tribunal, después de señalar las tres posturas jurisprudenciales sobre la cuestión (la que no equipara los lazos como medio de caza al veneno o a los explosivos, como la SAP de Cuenca de 14 de mayo de 2004, porque los medios penados son los que producen la muerte indiscriminada y generalizada de cualquier animal; la que sí los equipara, como la Audiencia Provincial de Asturias en varias de sus resoluciones, la de Tarragona en su sentencia de 22 de febrero de 2002 y la de Huesca en su sentencia de 11 de octubre de 2001, por su carácter no selectivo que puede afectar a cualquier especie incluso protegida o en peligro de extinción y tener gran eficacia destructiva potencial; y la que considera que se ha de atender a las circunstancias del caso, como el tamaño de los lazos, su forma, características, número, lugar de colocación..., como la Audiencia Provincial de Albacete en su resolución de 31 de diciembre de 2002 y la de Lérida de 29 de noviembre de 2004), entiende esta última postura como la más adecuada, por cuanto que lo que ha de valorarse es la eficacia destructiva indiscriminada en concreto, y en atención a las circunstancias del caso condena, pues se trataba de 5 lazos en paso de animales, sin tope y en una finca de escasa extensión y en donde abundan especies protegidas.

Y también a un pronunciamiento condenatorio, y desde esa postura ecléctica, llega la SAP de Córdoba (sección 2) de 9 de diciembre de 2008⁴⁴, en un caso en que el acusado había colocado varios lazos de acero en un coto de caza, hallándose en uno de los lazos un ciervo macho abatido por ahogamiento con el lazo, pues los lazos no tenían ningún tipo de freno o amortiguación, que no hieren, ni seleccionan, sino que producen la muerte casi segura de cualquier animal, cualquiera que fuera su especie, edad, sexo o estado (se puede pensar en una hembra embarazada o en un cervatillo), incluso que puede estar catalogado como en situación de peligro o extinción..., colocados en un lugar de paso de animales..., todo lo que considera el tribunal que integra el requisito de la eficacia destructiva indiscriminada y también generalizada.

III.- Conclusiones

Sin buscar las razones y elementos que lo han provocado, lo cierto es que parece vislumbrarse a lo largo de las últimas décadas que la sociedad viene adoptando un proceso de sensibilización hacia el respeto y defensa del medio ambiente en general, y de su fauna en particular, pero no se evidencia de manera suficiente que esta sensibilización se asiente sobre pilares ajenos todavía al planteamiento ético de la posición del hombre frente a los animales, y no entre los animales. O al menos no parece haber tenido traslado al legislador y a su intérprete, sobre los que todavía prevalecen arraigos so pretexto de tradiciones que no encajan con el proceso cultural de sensibilización de la sociedad actual, y que retrasan una

⁴³ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/856.doc>

⁴⁴ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/853.doc>

revisión jurídica profunda y acorde a un replanteamiento de la relación hombre-animal como un animal más entre las demás especies.

Si un tribunal conoce que ya el Convenio de París de 1902 para la protección de las aves útiles a la agricultura estableció la prohibición de colocar y emplear trampas (cepos), jaulas, redes, lazos, liga y cualquier otro medio cuyo objeto sea facilitar la captura y destrucción de las aves en grandes cantidades (art. 31).

Si también conoce y reconoce que el Convenio de París de 1954 estableció un listado de métodos de caza prohibidos, por ser susceptibles de causar la destrucción o captura en masa de aves o de producirles sufrimientos inútiles (art. 5) y entre ellos los lazos, la liga, las trampas, los anzuelos, las redes, los cebos envenenados, los estupefacientes... las redes pateras, los espejuelos, las antorchas y otras luces artificiales, los fusiles de caza de repetición o automáticas susceptibles de contener más de dos cartuchos..., comprometiéndose las partes contratantes –y España era parte- a introducir progresivamente en su legislación las medidas dispositivas convenientes con el fin de conseguir su prohibición en donde entonces todavía estuvieran legalmente autorizados esos métodos.

Si el mismo tribunal conoce y reconoce que la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres (<http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/729.doc>) también recogió en su art. 8, en lo que se refiere a la caza, la captura o muerte de aves, la prohibición del recurso a cualquier medio, instalación o método de captura o muerte masiva o no selectiva o que pudiera causar la desaparición local de una especie y en particular los lazos, litas, anzuelos..., aparatos grabadores..., fuentes luminosas artificiales..., explosivos, redes, trampas-cepo, cebos envenenados o tranquilizantes...

Si también conoce y reconoce que esa normativa comunitaria ha tenido su debida trasposición al ordenamiento doméstico y que en este ya se establece también la prohibición de los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales, como así lo hacía al tiempo de los hechos enjuiciados, en especial, la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, derogada y sustituida ya incluso al tiempo de dictarse la misma sentencia que interpretamos por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, no parece que el hecho de su arraigo en la tradición de un determinado método lo aparte de la esfera penal para reconducir el castigo al ámbito de la potestad sancionadora de la administración, cuando parece claro que el legislador ha querido tipificar como delito el empleo para la caza o pesca de veneno, medios explosivos “u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna”, con el apoyo como pretexto de la interdicción de la interpretación no estricta y restrictiva de la analogía en el campo penal, cuando el tipo penal exige similitud y no identidad en la eficacia destructiva de los métodos o artes de caza o pesca.

Si con carácter general reconoce el tribunal que en nuestro ordenamiento interno se establece la prohibición de los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales –haciendo la sentencia referencia a la Ley de 27 de marzo de 1989, que en el art. 34-a) así los prohíbe, señalando de modo enunciativo a los venenos o trampas-, y conociendo asimismo el tribunal –o debiendo conocer- que en iguales términos así también se prohibían estos mismos procedimientos por el art. 62.3-a) de la también ya referida Ley de 13 de diciembre de 2007, que en particular se remite en esa prohibición a los procedimientos enumerados en su anexo VII, y que en éste se señalan como medios masivos o no selectivos, entre otros, expresamente el veneno, los explosivos, las ligas, los grabadores y magnetófonos..., y todos en el mismo plano de igualdad, entendemos que no habría parecido contrario a esa interdicción de la interpretación no estricta y restrictiva de la analogía en el campo penal, ni contrario tampoco al principio de tipicidad penal, considerar también estos mismos medios masivos o no selectivos en plano de igualdad en este campo penal, como lo son también enunciados en plano de igualdad en la norma que los prohíbe.

En todo caso, hemos de felicitar al legislador que, aunque con cierta timidez, parece haber querido zanjar esta discusión o grieta por donde se evadían sus intérpretes en la interpretación de este delito y ha dado nuevo redactado al precepto penal por medio de la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/839.doc> con lo que, a partir del 23 de diciembre pasado, para que ese instrumento o arte de caza o pesca que no sea veneno o medios explosivos sea constitutivo de ese ilícito penal contra la fauna, se requiere, de manera disyuntiva, que: o bien tenga similar eficacia destructiva (que el veneno o los explosivos), o bien similar eficacia no selectiva, pues el texto vigente castiga ahora al “... que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna”, siendo lo subrayado la disyunción introducida por la última reforma de 22 de junio de 2010, reforma que, para este caso, dice su exposición de motivos que responde a la necesidad de acoger elementos de armonización normativa de la Unión Europea en este ámbito, incorporando a la legislación penal doméstica los supuestos previstos en la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

En consecuencia, después de esta nueva concreción del tipo del delito contra la fauna del art. 306 CP, habremos de entender que queda ya sin efecto e inoperante el acuerdo de 6 de mayo de 2009 del Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Provincial de Tarragona –y los criterios exculpatorios de las demás audiencias, en especial también la de Castellón- y que, salvo prevaleciente criterio en ese falso arraigo y tradición, volverá a prevalecer el criterio que ya se sostenía anteriormente por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona.

José Antonio Jiménez Buendía.
Abogado