

Roj: SAP T 400/2013
Id Cendoj: 43148370022013100179
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Tarragona
Sección: 2
Nº de Recurso: 207/2013
Nº de Resolución: 210/2013
Procedimiento: Apelación penal
Ponente: ANGEL MARTINEZ SAEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA

SECCIÓN SEGUNDA

Rollo de apelación nº 207/13

Procedimiento J.O. 683/10

Juzgado de lo Penal nº 1 de Tortosa

S E N T E N C I A Nº 210/13

Tribunal.

Magistrados,

D. José Manuel Sánchez Siscart (Presidente).

D. Ángel Martínez Sáez.

D^a. Samantha Romero Adán.

En Tarragona, a 25 de abril de 2.013

Visto ante la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia de fecha 05/11/12 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Tortosa en el Juicio Oral nº 683/2010 seguido por delito contra la fauna del artículo 336 del Código Penal en el que figura como acusado Juan Carlos y siendo parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Magistrado D. Ángel Martínez Sáez

ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES

ACEPTANDO los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y

Primero.- La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes:

"Se declara probado que el acusado, el día 02 de noviembre de 2009, se encontraba en el paraje Mallades del término municipal de Alcanar, utilizando el método de caza conocido como barraca con vesc y reclamo eléctrico. Que personados los Agentes Rurales en la barraca se encontraron en su interior dos ejemplares muertos de zorzal común y un ejemplar vivo de tallerol de casquet, el cual fue trasladado al Centro de Recuperación de Aves de Deltebre. Que esta última se trata de una especie protegida pero no se encuentra en peligro de extinción."

Segundo.- Dicha sentencia contiene el siguiente fallo:

"Que debo absolver y absuelvo Don. Juan Carlos de los dos delitos contra la fauna que se le imputaba en esta causa, declarando de oficio las costas de este proceso".

Tercero.- Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, fundamentándolo en los motivos que constan en el escrito articulando el recurso.

Cuarto.- Admitido el recurso y dado traslado por diez días a las demás partes para que presentasen escritos de impugnación o adhesión no se presentó ningún escrito.

Quinto.- Sobre la cuestión debatida esta Audiencia Provincial ya acordó convocar el Pleno de la Sala Penal para la deliberación, votación y fallo, de conformidad con la norma de reparto especial adoptada por Acuerdo de la Junta de Magistrados Penales de esta Audiencia Provincial de fecha 28 de febrero de 2008, para dirimir la divergencia interpretativa surgida entre las Secciones 2ª y 4ª de esta Audiencia Provincial en torno a la subsunción en el art. 336 del Código Penal de los supuestos denominados como caza "con barraca", norma de reparto que fue aprobada por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en su sesión de fecha 11 de marzo de 2008.

Sexto.- Con fecha 6 de mayo de 2009 el Pleno de la Sala Penal de esta Audiencia Provincial, por mayoría de sus miembros, adoptó el siguiente: "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 del Código Penal, haciendo constar su voto discrepante los Magistrados Sres. Vázquez Rodríguez, Sra. Romero Adán y Sra. Uceda Sales.

HECHOS PROBADOS

Único.- Se aceptan los que así se declaran en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El Ministerio Fiscal impugna la libre absolución del acusado de la comisión de un delito previsto en el art. 336 CP decretada por el Juzgado de lo Penal de Tortosa, a pesar de declarar probado que el acusado se encontraba cazando empleando el método tradicionalmente conocido como barraca con liga y reclamo eléctrico, 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 el Ministerio Fiscal que debe ser sancionado penalmente.

Dicho precepto (art. 336 CP), el aplicable en la fecha de los hechos, sanciona como delito relativo a la protección de la flora y 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, con la pena de prisión de 4 meses a 2 años o multa de 8 a 24 meses y, en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de 1 a 3 años. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior.

En este aspecto el acuerdo adoptado de forma mayoritaria por el Pleno de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 6 de mayo de 2009 resuelve de forma definitiva la divergencia interpretativa surgida entre las Secciones 2ª y 4ª de esta Audiencia Provincial en torno a la subsunción en el art. 336 del Código Penal de los supuestos denominados como caza "con barraca" y establece el criterio definitivo de la Sala Penal de esta Audiencia Provincial en supuestos semejantes, que pueda servir de guía en la aplicación e interpretación futura, en el ámbito que nos compete, del tipo penal previsto y penado en el art. 336 del Código Penal .

Segundo.- 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, no constituye, ni mucho menos, una cuestión novedosa o de actualidad. Ya desde el Convenio de París de 1902 para la Protección de los Pájaros Útiles en agricultura, se estableció en su art. 31 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 los pájaros en cantidades grandes. Fue el Convenio de París de 1954 el primero en establecer un listado de métodos prohibidos, susceptibles de causar la destrucción o captura en masa de pájaros o de producirles sufrimientos inútiles. Posteriormente, el Convenio de Berna de 1979 relativo a la Conservación de la Vida Silvestre y del Medio Natural, decisivo y fundamental en la materia, recogió también 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, estableciendo en su Anexo 4º un listado de medios prohibidos.

Dentro del ámbito del Derecho de las Comunidades Europeas, la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril de 1979, relativa a la Conservación de las Aves Silvestres, también recogió la prohibición de los medios o métodos de captura o muerte masiva o no selectiva que puedan causar la desaparición total de una especie, en particular los que enumera en el Anexo IV. Otras dos normas comunitarias destacables en la materia son

la Directiva Hábitats 92/43/CEE, de 21 mayo de 1992, relativa a la Conservación de los Hábitats Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (artículo 15 y Anexo VI) en términos semejantes a los ya expuestos por la Directiva Aves y por el Convenio de Berna , y en segundo lugar, el Reglamento CEE número 3254/1991 del Consejo, de 4 de noviembre de 1991, que prohíbe la introducción de pieles y productos manufacturados de determinadas especies salvajes.

En nuestro país, la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza y la Ley 4/89, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (LCENFFS), también establecen, en consonancia con la normativa internacional, las restricciones o limitaciones relativas a los procedimientos de caza, como un aspecto más de la protección y conservación de la fauna silvestre. En especial, la LCENFFS, en aplicación de la normativa comunitaria, establece la prohibición de los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de **animales**. Como desarrollo de esta norma, el Real Decreto 1095/1989, estableció en su anexo III la relación de los procedimientos o métodos prohibidos que se consideran masivos y no selectivos, si bien el Tribunal Constitucional, en la STC 102/95, de 26 de julio , entendió que este precepto reglamentario, por su casuismo, salía del marco de protección de la fauna, para invadir el ámbito de la caza, competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, órganos competentes para completar la transposición al Derecho interno del Anexo IV de la Directiva 79/409/CEE, de cumplimiento obligatorio para los Estados miembros, mediante el establecimiento de los listados de métodos o procedimientos masivos y no selectivos prohibidos.

En consecuencia, corresponde a las distintas Comunidades Autónomas la competencia para determinar los medios o métodos que no se pueden emplear en ejercicio de la actividad venatoria en sus respectivos territorios, con sujeción a lo dispuesto en el art. 34 a) LCENFFS como norma básica del Estado, y dentro de lo preceptuado en el Anexo IV de la Directiva Aves y del Anexo VI de Directiva Hábitats , por imperativo del Derecho Comunitario.

En este sentido, 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.

El empleo de la 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. 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 la Generalitat de Catalunya, de 4 de julio, de protección de los **animales**) 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.

Pero no es la norma administrativa la que nos corresponde interpretar o aplicar, ni tampoco el concepto de método o medio de caza prohibido, masivo o no selectivo, puesto que en sede de jurisdicción penal, en la que nos encontramos, no todo empleo de medios prohibidos por la norma administrativa queda sometido a sanción penal.

Tercero.- Nuestro Código Penal, el aplicable en la fecha de los hechos, bajo el epígrafe De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y **animales** domésticos, tipifica en el Capítulo IV del Título XVI del Código Penal una serie de delitos, casi todos ellos contruidos como delitos de resultado, sancionando conductas directamente lesivas para determinadas especies. No obstante, en el artículo 336 CP se introduce un delito de mera actividad, sin necesidad de resultado, adelantando la intervención penal, en atención a la potencialidad lesiva intrínseca de los medios empleados. Así, este delito relativo a la protección de la flora y la fauna, establecido en el art. 336 CP , sanciona el empleo de veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna.

Esa es la razón de ser del precepto penal, en la medida en la que los medios que concreta la norma penal están llamados a provocar estragos en la preservación de la fauna -nótese la coincidente redacción del precepto con otros preceptos penales previstos en los art. 266 , 346 , 348 del CP - dado que su potencial dañino provoca de forma inexorable e irremediable la muerte de las especies de forma incontrolada e irreversible, con efectos incluso perdurables en el tiempo o de rebote en la cadena trófica.

Ahora bien, si resulta clara la prohibición de emplear veneno o medios explosivos, la controvertida inclusión del tradicional método de caza "con barraca" en el ámbito penal, así como la inclusión de otros medios o artes de caza no concretados, ha de atender y requerir como condición ineludible que pueda predicarse de

ellos una eficacia destructiva para la fauna similar a la que posee el veneno o los medios explosivos, lo que nos plantea una cuestión de primer orden relativa al principio de tipicidad penal.

Cuarto.- Como viene estableciendo reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional, el principio de legalidad (STC 133/87 , FJ 4) supone la concreción del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho sancionador.

El imperio de la ley es ante todo un presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también del derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/82 , FJ 7), derecho fundamental de mayor alcance, junto con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad de los Tribunales que garantizan los arts. 24.2 y 117.1 CE .

Dicho principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, tres exigencias: la exigencia de una Ley ("lex scripta"); que la ley sea anterior al hecho sancionado ("lex praevia"); y que la Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado ("lex certa"), lo que significa la prohibición de extensión analógica del Derecho Penal al resolver sobre los límites de la interpretación de preceptos legales del Código Penal (SSTC 89/1983 , 75/1984 , 159/1986 , 133/1987 , 199/1987 , entre otras).

En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional también ha declarado, por otro lado, que resulta plenamente posible la incorporación al tipo penal de elementos normativos (STC 62/1982), e incluso resulta compatible con los postulados constitucionales la utilización legislativa de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987), esto es, normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentra agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, incluso de otros ámbitos normativos ajenos al ámbito penal, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso, y éste justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley al señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, o como señala la citada STC 122/87 , se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, de manera que de esta forma resulte salvaguardada la función de garantía del tipo, con la consiguiente posibilidad de conocimiento general por el ciudadano de la actuación penalmente conminada.

Quinto.- En nuestro caso, sin embargo, ni siquiera nos encontramos ante un supuesto de norma penal en blanco, o de reenvío normativo a otras disposiciones administrativas. 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. Esta análoga eficacia destructiva, a la hora de calificar un medio o arte de caza como penalmente sancionado, ha de ser interpretada de forma estricta, como se decanta del principio de legalidad penal, aprehendiendo el verdadero alcance y aptitud destructiva inherente a los medios que sí concreta la norma penal, sin incluir en esa cláusula genérica otros medios que no se asemejen en cuanto a la capacidad destructiva que quepa predicar de los mismos.

El hecho de que determinados medios o instrumentos de caza o pesca estén prohibidos por la normativa administrativa en modo alguno vincula ni trasciende a la interpretación o determinación del ámbito punitivo del art. 336 CP vigente en la fecha de los hechos ahora enjuiciados. No cabe siquiera, según el criterio mayoritario, extrapolar el concepto de medio masivo y no selectivo propio del ámbito administrativo. Debemos delimitar el alcance estricto de la cláusula extensiva mediante la búsqueda de precisas razones de analogía basadas en los mismos parámetros de eficacia destructiva para la fauna, y comprobar si dichas razones concurren en el método denominado tradicionalmente como caza " con barraca" que viene a consistir 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.

El criterio mayoritario ha considerado que no cabe asimilar el empleo de dicho método con el empleo de veneno y medios explosivos, en los términos exigidos de similar eficacia destructiva para la fauna, discrepando de la interpretación que la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial ha establecido en las sentencias de fechas 22 de octubre de 2007, 10 de diciembre de 2007, 19 de diciembre de 2007 y 9 de enero de 2008, acogiendo finalmente el sustentado en las sentencias de fechas 3 y 4 de diciembre de 2007 dictadas por la Sección 4ª de esta misma Audiencia Provincial .

En rigor, la lectura atenta de los argumentos favorables a la sanción penal en que se han apoyado las sentencias de fecha 22 de octubre de 2007, 10 de diciembre de 2007, 19 de diciembre de 2007 y 9 de enero de 2008 se limitan 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, según definición gramatical prevista en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Los efectos nocivos provocados por el empleo del disolvente en la limpieza de las aves vendría a demostrar, según ese criterio, la eficacia destructiva del método empleado.

Dicha interpretación no se comparte, en primer lugar, porque que 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". En 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 (art. 334 y 335 CP).

El resto del argumento en el que se basa la tesis favorable a la sanción penal se basa en la simple caracterización del método como no selectivo, dado que se viene a argumentar que la liberación de las aves capturadas descansaría en la propia voluntad del cazador y que aún así la intervención de éste no garantizaría en todos los casos la supervivencia de las aves liberadas.

Ya hemos expuesto que lo que caracteriza a los medios de caza que de forma ejemplificativa establece el precepto, veneno y medios explosivos, 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. El veneno y los explosivos pueden llegar a tener una incidencia directa en el medio ambiente en sentido amplio, llamados a provocar estragos en la preservación de la fauna en una zona más o menos localizada del medio natural, en la medida en la que el primero se inserta de forma incontrolada e irreversible en la cadena trófica, y el segundo es capaz de destruir irremisiblemente todo cuanto se halle al alcance de su radio de acción. Ambos métodos provocan además, 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, con las excepciones que en dichos ámbitos puedan establecerse, carecen de semejanza en la preservación de la fauna en una zona más o menos localizada del medio natural 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 porcentaje de las aves capturadas pueden sobrevivir a su captura con el cumplimiento de las adecuadas prevenciones por parte del cazador.

Por todo ello, no somos capaces 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. Con ello, entendemos, no se produce una desprotección del bien jurídico protegido, sino que se reconduce en sus justos términos al ámbito administrativo sancionador aquellas conductas en las que no queda justificado un adelantamiento de la barrera penal mediante la sanción de un delito de mera actividad como es el previsto en el art. 336 CP , basado exclusivamente en la eficacia destructiva de los medios empleados, pues incluso la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril de 1979, alude a la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer excepciones para permitir, en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo, la captura prudente de determinadas aves en pequeñas cantidades, debiendo relegarse al ámbito administrativo la prohibición en sí del método tradicional denominado de caza "con barraca" o, si es el caso, el incumplimiento de las condiciones o prevenciones que de conformidad con el Derecho comunitario y el Derecho interno puedan establecerse reglamentariamente.

Sexto.- Procede desestimar el recurso, declarando de oficio las costas causadas en esta instancia.

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

FALLO



DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y CONFIRMAMOS la sentencia de fecha 05 de noviembre de 2.012 dictada por el Juzgado Penal nº 1 de Tortosa en el procedimiento J.O. nº 683/10, declarando de oficio las costas procesales causadas en esta instancia.

Esta es nuestra sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ