



Roj: **STS 3572/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3572**

Id Cendoj: **28079120012020100580**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/10/2020**

Nº de Recurso: **2689/2019**

Nº de Resolución: **562/2020**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 1910/2019,**  
**STS 3572/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 562/2020**

Fecha de sentencia: 30/10/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2689/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: sop

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2689/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 562/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca



D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 30 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación 2689/2019 interpuesto por Carlos Miguel , representado por la procuradora doña María Isabel Monfort Sáez bajo la dirección letrada de doña **Leticia Mena Mateos**, contra la sentencia dictada el 4 de marzo de 2019 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, en el procedimiento Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 145/2019, en el que se desestimaron los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales del ahora recurrente, de Jesús Carlos y de Juan María , contra la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2018, en el procedimiento Abreviado 127/2017, del Juzgado de lo Penal n.º 19 de Madrid, en el que se condenó a Juan María , Carlos Miguel y Jesús Carlos , como autores responsables de un delito contra la fauna del artículo 336 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción n.º 45 de los de Madrid incoó Procedimiento Abreviado 1422/2016 por delito contra la fauna, contra Juan María , Carlos Miguel y Jesús Carlos , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal n.º 19 de Madrid. Incoado el Procedimiento Abreviado 127/2017, con fecha 25 de septiembre de 2018 dictó sentencia n.º 334/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

«Probado y así se declara que Juan María , Carlos Miguel y Jesús Carlos de común acuerdo, sobre las 18 horas del día 17 de octubre de 2015, colocaron en las inmediaciones de una charca ubicada en el Camino del Gato de Valdecarros de Madrid varillas de esparto impregnadas en una sustancia pegajosa y en las proximidades de aquella tres reclamos de jilgueros en sus jaulas con la finalidad de atraer a otros ejemplares de la misma especie y darles cazas, no logrando su propósito al ser sorprendidos por agentes de la Guardia Civil pertenecientes al Seprona.

Las actuaciones han estado paralizadas por causa no imputable a los acusados desde el 25 de enero de 2017, fecha de remisión de los autos al juzgado de referencia hasta el 5 de junio de 2018 fecha en la que se registraron y se dictó auto de admisión de pruebas.».

**SEGUNDO.-** El Juzgado Penal de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

#### « FALLO

Condeno a Juan María , Carlos Miguel y Jesús Carlos como autores responsables de un delito contra la fauna, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas , a la pena, para cada uno, de ocho meses de multa con una cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, e inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la caza e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de un año y al abono de las costas procesales.

Una vez que sea firme, comuníquese esta resolución al Registro Central de Penados y Rebeldes.».

**TERCERO.-** Las representaciones procesales de los condenados Juan María , Carlos Miguel y Jesús Carlos , interpusieron recurso de apelación contra la citada sentencia, remitiéndose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, para la resolución de los mismos. Incoado el Rollo de Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 145/2019, con fecha 4 de marzo de 2019 dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento:

**« FALLO**

**LA SALA ACUERDA:** Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de Carlos Miguel , de Jesús Carlos y de Juan María contra la sentencia dictada el día 4 de febrero de 2019 en el Procedimiento Abreviado número 127/17 del Juzgado de lo Penal número 19 de Madrid que confirmamos íntegramente, declarando de oficio las costas procesales de esta alzada.».

**CUARTO.-** Notificada la sentencia dictada por la Audiencia Provincial a las partes, la representación procesal de Carlos Miguel , anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** El recurso formalizado por Carlos Miguel , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Único.- Infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Infracción artículo 336 del Código Penal.

**SEXTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, en escrito fechado el 21 de octubre de 2019, solicitó la inadmisión a trámite del recurso. Admitido a trámite el recurso. Admitido a trámite el recurso se acordó dar nuevo traslado al Fiscal para que informe sobre la aplicación del artículo 336 del Código Penal en los supuestos de caza a través del método "parany" quien, con fecha 6 de octubre de 2020 impugnó de fondo el motivo del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Por resolución de 6 de octubre de 2020 se convocó al Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la votación y fallo del recurso el día 28 de octubre de 2020, constituyéndose en la fecha indicada los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo expresados bajo la presidencia del primero de los indicados, que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La Sección .2ª de la Audiencia Provincial de Madrid resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada, el 25 de septiembre de 2018, por el Juzgado de lo Penal n.º 19 de los de esta capital en su Procedimiento Abreviado n.º 127/2017. La sentencia de apelación confirma la pronunciada en la instancia y su decisión de condenar a Juan María , Carlos Miguel y Jesús Carlos , como autores de sendos delitos contra la fauna del artículo 336 del Código Penal, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, imponiendo a cada uno de ellos las penas de: a) Multa por tiempo de 8 meses y en cuota diaria de 6 euros y b) Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de 1 año.

1. Contra dicha sentencia el condenado Carlos Miguel interpone el presente recurso de casación, al amparo del art. 847, apartado b) de la LECRIM, por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, sosteniendo la indebida aplicación del artículo 336 del Código Penal.

Argumenta el recurso que la condena que se le ha impuesto como autor de un delito contra la fauna del artículo 336 del Código Penal, descansa en que el empleo de "liga" para la caza o captura de aves, supone la utilización de un instrumento de caza no selectivo, puesto que no permite controlar la clase o el número de aves que eventualmente podrían resultar capturadas. Sin embargo, objeta que la prueba practicada en el plenario evidenció que los acusados utilizaban como reclamo jilgueros vivos y enjaulados que buscaban atraer solo a ejemplares de la misma especie, además de encontrarse los acusados a escasos metros del punto en el que se instalaron las varillas embadurnadas de la sustancia pegajosa, lo que les permitía ejercitar la caza de manera totalmente selectiva.

Junto a ello, el recurrente invoca determinados pronunciamientos de la Audiencia Provincial de Tarragona y de Castellón que, en contradicción con la condena confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid, concluyen que la caza con "liga", barraca o trampa [parany por la designación en catalán del término trampa] es atípica, en la medida en que también carece de una fuerza destructiva de la fauna que resulte equiparable al uso de veneno o de explosivos que contempla el artículo 336 del Código Penal.

2. El artículo 847.1.b de la LECRIM, a partir de la reforma introducida en la Ley Procesal por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha venido a reconocer la posibilidad de interponer recurso de casación, en supuestos específicos, contra las sentencias dictadas en apelación por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, o por las Audiencias Provinciales. Recoge el precepto la procedencia del recurso de casación por infracción de precepto penal de carácter sustantivo o de otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal, contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala



de lo Penal de la Audiencia Nacional, con la sola excepción de aquellas sentencias que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.

En interpretación del mencionado precepto, el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, después sustentado en múltiples resoluciones de esta Sala (SSTS 324/2017, de 8 de mayo; 369/2017, de 22 de mayo; 342/2018, de 10 de julio; 670/2018, de 19 de diciembre; 691/2018, de 21 de diciembre; 217/2019, de 25 de abril o 238/2019, de 9 de mayo, entre muchas otras), establece que la vía casacional debe ser contemplada en sus propios términos, en el sentido que las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 de la LECRIM, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2.º, 850, 851 y 852. De este modo, contempla que los recursos deberán respetar los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, admitiéndose únicamente los recursos que presenten un interés casacional, entendiéndose que el interés existe: a) Si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) Si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y c) Si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

**SEGUNDO.**- Lo expuesto muestra la admisibilidad del recurso de casación que se interpone, considerando que existe un contradictorio posicionamiento de distintas Audiencias Provinciales sobre si la caza con "liga" es subsumible en el tipo penal del artículo 336 del Código Penal.

**1.1** La sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sec. 1.ª) 189/2014, de 14 de mayo de 2014, entre otras muchas de esa misma Audiencia Provincial que resuelven en los mismos términos, expresa la tipicidad de la conducta. Argumenta que la caza con "liga", "barraca" o "parany" (*trampa en catalán*), es constitutiva del delito contra la fauna del artículo 336 del Código Penal en atención a los siguientes argumentos:

*« Hasta el día 23 de diciembre de 2010, la Audiencia Provincial de Castellón ( AAP Castellón, Sección 1ª, nº 155/2010, de 9 de abril , y nº 209/2010, de 13 de mayo , y Sección 2ª, Auto de 6 mayo de 2010 , entre otros muchos) había venido entendiendo que no es posible asimilar al poder destructivo del veneno o los medios explosivos, en los estrictos términos que reclama las garantías de taxatividad e interpretación restrictiva que se destilan del principio de legalidad penal, una razón de analogía ( art. 4.1 CP ), el medio de caza tradicionalmente conocido como "parany", descartando la tipicidad de la conducta ( art. 336 CP ) y reconduciendo los hechos el ámbito administrativo en el que, en su caso, podría originarse la correspondiente responsabilidad de este tipo.*

*Este posicionamiento se apoyaba en que lo que caracteriza a los medios de caza que de forma ejemplificativa establece el art. 336 CP (veneno y medios explosivos), era 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. El veneno y los explosivos pueden llegar a tener una incidencia directa en el medio ambiente en sentido amplio, 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 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 empleo posterior de disolvente, que si bien constituyen 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 acumulativos, pues incluso se admite 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 ello, se descartaba que la conducta consistente en la caza mediante "parany" tuviera su encaje en el tipo penal previsto en el art. 336 CP ».*

No obstante lo cual, continúa diciendo: *« Este planteamiento se ha visto afectado, sin embargo, por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que ha modificado el art. 336 CP añadiendo al tipo penal la conducta de emplear para la caza o pesca medios "no selectivos" de similar eficacia al veneno o explosivo para la fauna. El precepto entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, aunque sin efectos retroactivos ex artículo 2.1 CP . 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.*

*La nueva referencia a los instrumentos o artes de similar eficacia "no selectiva" para la fauna se acomoda a los términos empleados en el ámbito administrativo, en concreto en la Ley 42/2007, cuyo art. 62.3.a ) prohíbe "la tenencia, utilización y comercialización de todos los procedimientos masivos o no selectivos para la captura*



o muerte de animales" y cuyo Anexo VII contiene un listado de los medios masivos o no selectivos que se encuentran prohibidos entre los cuales encontramos las "ligas". Así pues, el método de caza denominado "parany" es claramente un procedimiento prohibido expresamente por cuanto la normativa administrativa prohíbe el uso de todo medio o método que implique el uso del pegamento o "liga"».

Y termina diciendo: « Por ello, la caza con "parany" se basa en un método no selectivo, por cuanto cualquier tipo de ave puede engancharse a la liga y ser capturada, y su eficacia "no selectiva" es de proporción similar al "veneno o explosivo" hasta el punto de que no es posible controlar ni la clase ni el número de aves que en un determinado momento puede llegar a caer por efecto de la "liga". A ello debe añadirse que el hecho de que los cazadores estén obligados a limpiar y liberar aves de especies distintas de los "zorzales o tordos", cuando aquéllas resulten atrapadas en las varetas, no tiene entidad suficiente para poner en duda el carácter no selectivo de dicho método de captura (en estos términos se pronunció la STJCE, 2ª, de 9 de diciembre de 2004, Asunto C-79/2003, Comisión/España, por el incumplimiento por España de la Directiva Comunitaria sobre conservación de aves silvestres, al tolerar la caza con liga en la Comunidad Valenciana mediante el método "parany")».

**1.2.** La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 6.ª), 179/2016, de 4 de marzo, reflejaba el siguiente argumento: « el método del "parany" es, en cuanto a su carácter no selectivo, equiparable al uso del veneno, pues ambos métodos comparten la característica de poder afectar indiscriminadamente a una gran variedad de especies animales y no limitarse a una especie en concreto. Es evidente que una sustancia pegajosa que hace que un pájaro quede enganchado y no pueda despegarse afectará a todas las especies de aves (salvo las de mayor tamaño). Es ociosa la discusión que plantean los apelantes sobre si afectaría o no a un águila, porque son muy numerosas las especies de aves de tamaño menor a un águila, y es suficiente que todas esas especies puedan resultar perjudicadas por el sistema de caza que estamos cuestionando.

Tanto es así, que el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, en su Sentencia de 9 de diciembre de 2004, dictada en el asunto C-79/03, declaró que era contrario al derecho comunitario que en la Comunidad Valenciana se permitiera la utilización del "parany".

En definitiva, conforme a la nueva redacción del art. 336 CP, el método de caza del "parany" se integra en la conducta típica, por cuanto debe ser considerado un arte de caza de similares efectos no selectivos a los producidos por el veneno o los explosivos. Así lo dijo ya esta misma Sala en su Sentencia de 27-7-2015, e incluso lo acordó la Audiencia Provincial de Castellón el día 24-5-2013 en unificación de criterios».

**1.3.** En parecidos términos se posicionan a favor de la tipicidad de la conducta la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sec. 3.ª) 19/2018, de 7 de febrero o 30/2015, de 13 de febrero; la Audiencia Provincial de Navarra (Sec. 1.ª) 380/2014, de 29 de diciembre; o la Audiencia Provincial de Madrid, no solo en la resolución que ahora se impugna, sino en otras como la SAPM (Sec. 2.ª) 165/2019, de 4 de marzo.

**2.1.** El recurso identifica la sentencia Audiencia Provincial de Tarragona (Sec. 2.ª) 289/2011, de 19 de mayo, para justificar la no subsunción de los hechos en el tipo penal del artículo 336 del Código Penal.

La resolución contempla unos hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010 y residenciaba la absolución del acusado en que no podía establecerse una equiparación entre los efectos destructivos en la fauna inherentes a la utilización de la "liga", "barraca" o pegamento, con los derivados de la utilización de veneno o explosivos que eran los únicos instrumentos destructivos con los que entonces ejemplificaba el Código Penal.

Sin embargo, sustenta el posicionamiento de que la conducta tampoco es subsumible en el vigente cuño del tipo penal la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sec. 3.ª) 254/2014, de 10 de octubre, que sostiene que para que la actuación cinegética sea subsumible en el artículo 336 del Código Penal se exige que se utilicen instrumentos que introduzcan un riesgo añadido, o un *plus*, de eficacia dañina o de poder producir efectos devastadores en la fauna.

**2.2.** La SAP de Tarragona (Sec. 2.ª) 362/2012, de 19 de julio, argumenta: « este delito relativo a la protección de la flora y la fauna, establecido en el art. 336 CP (LA LEY 3996/1995), 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 artículos. 266 (LA LEY 3996/1995), 346 (LA LEY 3996/1995), 348 del CP (LA LEY 3996/1995)- 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».*

**2.3.** En los mismos términos se pronuncia la SAP de Tarragona (Sec. 2ª) en su sentencia 5/2014, de 9 de enero, indicando 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*». También lo hace de manera semejante la SAP de Castellón (Sec. 2ª), de 13 de noviembre.

**TERCERO.- 1.** Como se ha hecho mención en el fundamento anterior, el artículo 336 del Código Penal ha visto modificada su redacción con ocasión de la LO 5/2010, de 22 de junio.

La redacción original del precepto sancionaba al que « *sin estar legítimamente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna*».

Su redacción se alteró por LO 5/2010, que se limitó a incorporar, entre los medios de caza o pesca que menciona el artículo, aquellos otros instrumentos que ofrezcan *una similar eficacia no selectiva para la fauna*. Concretamente, el actual artículo 336 del Código Penal prevé 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 o no selectiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de uno a tres años. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior*».

Es precisamente este añadido el que es objeto de análisis en este recurso, esto es, si la utilización de pegamento o liga para capturar determinadas especies, en este caso de aves, puede integrar el delito del artículo 336 del Código Penal en atención a que constituye un instrumento de presa que no ofrece ninguna posibilidad de discriminar la captura entre especies que respondan a los parámetros de envergadura o peso en el que el producto adherente muestra eficacia.

**2.** Una interpretación del contenido antijurídico del precepto precisa identificar el bien jurídico objeto de su protección, que no es otro que la biodiversidad, esto es, la preservación de la variabilidad de organismos vivos existentes en los ecosistemas terrestres y acuáticos, en estrecha relación con la protección general del medioambiente en la medida en que este precisa de un adecuado equilibrio ecológico y garantiza al tiempo el correcto desarrollo de la biodiversidad ( STS de 2227/2001, de 29 de noviembre).

La protección de la biodiversidad no es función exclusiva del derecho penal. Su carácter fragmentario subraya la dimensión primordial de otros instrumentos de amparo de la riqueza natural. Así, el artículo 45 de la Constitución Española recoge el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, además de establecer el deber de conservarlo, identificando que quienes lo violen pueden ser sancionados administrativamente y penalmente, en los términos que la ley establezca.

La ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad establece el régimen jurídico básico para la conservación, el uso sostenible, la mejora y la restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad española, operando en desarrollo del objetivo de garantizar los derechos de las personas a un medio ambiente adecuado en los términos constitucionalmente expuestos, así como del deber de conservarlo que a todos incumbe.

Su artículo 54 establece la obligación de las administraciones concernidas de adoptar las medidas necesarias para garantizar la conservación de la biodiversidad que vive en estado silvestre y preservar su hábitat.

El propio precepto fija la regla básica o general de protección de la biodiversidad de la fauna silvestre disponiendo la prohibición de dar muerte, dañar, molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres, sea cual fuere el método empleado o la fase de su ciclo biológico. Una prohibición que incluye su retención y captura en vivo, además de otros comportamientos como la destrucción, daño, recolección y retención de sus nidos, de sus crías o de sus huevos, estos últimos aun estando vacíos, así como la posesión, transporte, tráfico y comercio de ejemplares vivos o muertos o de sus restos, incluyendo el comercio exterior.

La norma establece regímenes específicos de protección para aquellas especies silvestres cuya situación lo requiera, lo que se preceptúa que debe hacerse incluyendo esas especies en los listados de *Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial* (art. 56) o en el catálogo de *Especies Amenazadas* (art. 58).

En todo caso, para aquellas especies de animales silvestres no comprendidos en *Régimen de Protección Especial* o en el catálogo de *Especies Amenazadas*, se reconoce que las prohibiciones anteriormente



expresadas no se aplicarán si existiera para ellas una regulación específica, en especial en la legislación de montes, caza, agricultura, sanidad y salud públicas, pesca continental y pesca marítima, o en los supuestos regulados por la Administración General del Estado o las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, para su explotación de manera compatible con la conservación de esas especies. En tales supuestos habrá de estarse a la singular regulación que les atañe.

**3.** La acción delictiva que el art. 336 del Código Penal contempla, consiste en un ejercicio modalizado de la pesquería o de la actividad cinegética.

Además del elemento negativo de que la actuación de pesca o caza carezca de legítima autorización, la redacción inicial del Código Penal exigía que se emplearan en la caza o la pesca venenos o explosivos, añadiéndose la punición en todos aquellos supuestos en los que se recurriera a cualquier otro instrumento o arte de *similar eficacia destructiva* para la fauna que los anteriormente expuestos.

Se configuraba así el delito como de mera actividad y de peligro hipotético, también denominados delitos de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, esto es, delitos en los que no se tipifica un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido.

A partir de un sistema de *lista abierta* ejemplificada, el legislador identificó el peligro a la fauna que trataba de prevenirse: en concreto, que la fauna quedara expuesta a medios de caza o de pesca que presentaran la misma idoneidad para generar impactos lesivos que la que es predicable de la utilización del veneno o de la utilización de explosivos.

La destrucción biológica que trataba de prevenirse no solo era la correspondiente a los múltiples ejemplares de una especie que pueden resultar alcanzados por el extraordinario radio de acción de estos instrumentos, sino la resultante de una afectación indiscriminada de las especies que ocupan el espacio de voladura o el espacio contaminado por el veneno, o de todos aquellos especímenes que participen en la cadena trófica de los ejemplares envenenados. Es evidente que el daño a la fauna o a la biodiversidad, como bien que protege el tipo penal, no solo se mide por el número de ejemplares que pueden ser alcanzados, sino por el diferente valor biológico que -en los términos expresados en los art. 54, 56 y 58 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad- tienen las especies que pueden resultar afectadas.

Así pues, la capacidad de destrucción indiscriminada de especies, como elemento esencial de lesión del bien jurídico (la biodiversidad), estaba ya inserta en los medios o instrumentos de caza o de pesca con los que el Código Penal ilustra.

De este modo, la modificación operada por LO 3/2010 no ha alterado la acción delictiva que el artículo 336 del Código Penal contempla. La reforma se limitó a introducir un mayor detalle descriptivo orientado a facilitar una mejor uniformidad en la aplicación de la norma. Si el tipo penal antes hablaba de emplear *veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna*, ahora habla de emplear *veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna*. Desde la consideración penal de la caza o de la pesca, esto es, desde la contemplación de estas actividades a partir del bien jurídico que se protege, la *noselección* de las piezas carece de relevancia penal si no repercute en el deterioro de la biodiversidad, por lo que su inclusión en el artículo 336 del Código Penal solo se orientó a evidenciar aspectos de la acción típica que ya estaban descritos cuando el Código Penal hacía únicamente referencia a la *eficaciadestructiva* de los instrumentos de caza, aun cuando con aquella redacción bien podían no resultar fácilmente perceptibles.

**4.** A partir de esta consideración, la cuestión que el recurso suscita es si un método *no selectivo* de caza o de pesca es lo suficientemente idóneo como para generar un riesgo de destrucción de la riqueza animal y, por ello, resulta siempre equiparable al riesgo que introduce la caza con explosivos o con veneno.

**4.1** Un primer acercamiento al tipo penal invita a negar el parangón. Si cualquier arte de caza o pesca *no selectivo* mereciera el mismo reproche penal que la utilización de los potentes y expeditivos métodos que sirven de comparación, no habría necesitado el legislador introducir ningún elemento que sirva para medir la confrontación. Bastaría que el legislador hubiera previsto el reproche penal para quienes cacen o pesquen *con métodos no selectivos o con venenos, explosivos o cualquier método de similar eficacia destructiva*.

No es esta la construcción sintáctica del precepto, que habla de « *similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna* ». El precepto constata la eficacia destructiva que tiene el veneno o los explosivos, además de plasmar la incapacidad que tienen estos dos métodos para discriminar entre las especies terrestres o acuáticas a las que afecta su utilización. Desde esta consideración, el Código Penal equipara la utilización del veneno o el explosivo a la utilización de otros instrumentos o medios con semejante eficacia destructiva, además equiparlos también a aquellos otros que, sin tener este efecto exterminador, sí ofrecen una incapacidad de



discriminación equivalente. Y si es fácil reconocer que hay instrumentos de caza o pesca con una más limitada capacidad de éxito, también los hay que no arrasan con la amplia generalidad de las especies que se encuentre a su alcance del modo en que lo hacen los elementos con los que el legislador exige la comparación.

**4.2.** De otro lado, el principio de subsidiariedad que rige el derecho penal y al que hemos hecho anterior referencia, sugiere la existencia de un espacio de distinción entre la irregularidad administrativa de emplear estos instrumentos de caza o de pesca y la actuación criminal basada en el mismo comportamiento. No solo por las reglas propias de una protección en cascada de los bienes jurídicos (que en este supuesto tiene pleno reflejo en el artículo 45 de la CE antes reflejado), sino por la propia previsión normativa que impulsó de modo inmediato la reforma operada en este artículo por la LO 5/2010.

La exposición de motivos de la ley de reforma recogió que: « *Las modificaciones en los delitos contra el medio ambiente responden a la necesidad de acoger elementos de armonización normativa de la Unión Europea en este ámbito. De conformidad con las obligaciones asumidas, se produce una agravación de las penas y se incorporan a la legislación penal española los supuestos previstos en la Directiva 2008/99/ CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal*».

Con esta referencia, el artículo 3 de la Directiva traspuesta plasma la necesidad de que los Estados miembros se aseguren que sean delictivas una serie de conductas ilícitas cuando se cometan dolosamente o al menos por imprudencia grave. Entre ellas, se detalla la matanza, la destrucción, la posesión o la apropiación de especies, pero la propia Directiva lo condiciona a que: a) Se trate de ejemplares de especies protegidas de fauna o flora silvestres y b) La conducta afecte a una cantidad no insignificante de especímenes o refleje consecuencias tampoco insignificantes para el estado de conservación de su especie (art. 3.f).

Es evidente que cuando hablamos de la utilización de medios de caza o pesca *no selectivos*, ni puede excluirse que vayan a proyectarse sobre especies distintas a las que son objeto de persecución por el sujeto activo (vg: liga o adhesivos, trampas, lazos, cepos, redes, garduñeras, humo etc), ni en muchas ocasiones podrá excluirse que su operatividad alcance a un número suficientemente importante de ejemplares, como ocurre con la liga, las redes o mallas verticales o el humo. En todo caso, para que pueda concluirse que hay un riesgo potencial para la fauna equivalente al descontrol lesivo que, de manera abstracta, se atribuye al veneno o a los explosivos, es necesario identificar en la actuación un marcado riesgo de poder perjudicar, de un modo equiparable, a la biodiversidad en que se introduce.

Este *plus de idoneidad* a la hora de generar un riesgo de perjudicar a la fauna, se identifica como la capacidad intrínseca de generar un contexto de caza o de pesca presidido por la ausencia de control sobre el objeto que puede resultar afectado o sobre la extensión de sus efectos. La valoración de la idoneidad debe realizarse en abstracto, pero contemplando que el Código Penal hace referencia a la lesividad, no de un instrumento en concreto, sino también del *artecinegético* que se despliegue, esto es, que el plus de idoneidad deberá recoger el conjunto de mecanismos que en cada caso se aportan y su combinación en la secuencia de actuaciones de caza o pesca que se despliegan para obtener las capturas.

Si la caza o la pesca de especies silvestres, contraviniendo leyes o disposiciones de carácter general ( art. 335 del Código Penal), da lugar a una sanción de menor alcance punitivo que el que aquí contemplamos, y si es igualmente grave la sanción que se contempla para la caza o la pesca prohibida de ejemplares protegidos ( art. 334 del Código Penal), no resulta aceptable que la sola puesta en riesgo de un número de ejemplares irrelevante para el crecimiento y la subsistencia de cualquier especie, integre la responsabilidad del art. 336 del Código Penal.

Siendo el tipo penal que contemplamos un delito de riesgo, solo la introducción de un peligro relevante para la fauna, justifica una penalidad que puede superar la que se contempla para la efectiva muerte o aprehensión de algunos de sus ejemplares. Un *plus* en el riesgo de lesión al bien jurídico, que debe evaluarse en consideración a la capacidad destructiva de la biodiversidad y el ecosistema en cada caso concreto.

**CUARTO.-** Las anteriores consideraciones muestran que no hay impedimento a que la caza con liga o con sustancias adhesivas pueda integrar en ocasiones el tipo penal que se analiza, pero proyectadas sus exigencias al caso enjuiciado, debe concluirse que la conducta de los acusados no colma la antijuridicidad del comportamiento que el precepto sanciona.

Como se ha dicho, la idoneidad de generar un riesgo para la fauna debe evaluarse de una manera intrínseca, considerando en todo caso el conjunto de instrumentos y de actuaciones previstas para la pesquería o la actuación cinegética.

Valorando los hechos que se declaran probados, así como los elementos fácticos favorables a los acusados que aparecen diseminados en la motivación de la sentencia, el pronunciamiento de la Sala no puede sino estimar el recurso interpuesto.



La sentencia proclama que la pretensión de los acusados era la caza de jilgueros (*carduelis carduelis*), ave fringílida muy común y de amplia extensión en el territorio que, pese a su protección general como especie silvestre, admite la captura -bajo autorización- para su cría en cautividad y su posterior educación en el cultivo del canto (Orden 2658/1998, de 31 de julio, de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional de la Comunidad de Madrid).

Esta misma Orden, complementada por la Orden 1812/2004, del 28 de julio, así como la Orden 3330/2009, de 2 de octubre, todas ellas de Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de Madrid, autorizan una captura máxima al año de 1.500 ejemplares vivos de jilgueros machos, estableciéndose un cupo máximo de 3 aves por cazador y día. Se prohíbe que se atraigan las aves mediante bolsas de agua, cebaderos, magnetófonos, casetes o cualquier otro medio artificial, así como el uso de reclamos cegados o mutilados; y se establece que la caza debe abordarse con red horizontal o de libro, de 9 metros como máximo, y accionada para su cierre con una cuerda o tiro de 20 o 30 metros; un método que se fija para posibilitar la liberación, en el mismo acto de la apresamiento, de todas las aves fringílidas de especies cuya captura no esté autorizada.

La referida Orden no autoriza la utilización de sustancias adhesivas para estas capturas, y consta además que los acusados carecían de habilitación para desarrollar la actividad. No obstante, el riesgo para la biodiversidad debe medirse desde dos parámetros que aquí no se ven afectados:

- a) Por el riesgo de que perjudique a un número relevante de ejemplares de la especie, lo que no se identifica concurrente en consideración al número de los que está autorizada su caza.
- b) Por el riesgo de afectación a otras especies.

Entrando a valorar esta potencialidad de riesgo para la fauna en general, debe contemplarse el mecanismo de captura desplegado y no puede sino rechazarse cualquier parangón con la incapacidad selectiva que resulta inherente al uso de explosivos o de veneno. El mecanismo con el que los acusados pretendieron dar caza a la especie de su interés, si bien prohibida, muestra mucha mayor proximidad con el mecanismo de red autorizado para la caza del jilguero que con los instrumentos que el tipo penal contempla.

Si bien la satisfactoria liberación de las especies fortuitamente atrapadas con el mecanismo de la "*liga*" exige de una limpieza de patas y plumas que no es precisa para la liberación de aves capturadas con red, el método de captura desplegado por los acusados, tal y como refleja la sentencia de instancia, consistió en: colocar varias varillas de esparto impregnadas de la sustancia adhesiva; ubicar, a modo de reclamo, tres jaulas con sendos jilgueros vivos; y apostarse al acecho a escasos tres metros del lugar.

De este modo, la naturaleza de las piezas que trataban de cazar y la utilización de reclamos vivos, evidencia que los acusados pretendían atrapar a sus presas con vida. La finalidad de las aves que pretendían capturar es el canto, además de no resultar asumible que su intención fuera abandonar sus instrumentos de caza estando plenamente operativos, pues supondría someter a sus propios jilgueros al mismo riesgo de muerte.

Junto a ello, estaban en condiciones de proceder a la inmediata liberación (vivos) de cuantos ejemplares capturaran de otras especies, sin que conste que fuera otra su pretensión o comportamiento.

Por último, el hecho de que utilizaran unas cuantas varillas de esparto colocadas a una distancia de entre 3 y 5 metros de donde se encontraban, refleja que el engaño resultaba fácilmente recogible al terminar la actividad, excluyéndose así la posibilidad de que el adhesivo extendiera sus indiscriminados efectos más allá del momento en que los cazadores se fueran de allí; a diferencia de lo que hubiera ocurrido si lo que se hubiera embadurnado con el pegamento fuera la vegetación de la vega del río, o si las varillas se hubieran colocado en muy alto número y en una extensión considerable, dificultando así recordar su ubicación y poder proceder a su completa retirada.

El motivo debe estimarse, extendiéndose sus efectos al resto de acusados no recurrentes, en los términos recogidos en el art. 903 de la LECRIM.

**QUINTO.-** Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Estimar el único motivo que, por infracción de ley del art. 849.1 de la LECRIM e indebida aplicación del artículo 336 del Código Penal, formula la representación procesal de Carlos Miguel, contra la sentencia dictada el 4 de marzo de 2019, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Rollo de Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 145/2019, que desestimó los recursos de apelación interpuestos contra



la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2018, en el Procedimiento Abreviado n.º 127/2017, por Juzgado de lo Penal n.º 19 de los de Madrid.

En su consecuencia, casamos la sentencia y anulamos el pronunciamiento de condena del recurrente Carlos Miguel, así como el de los condenados Juan María y Jesús Carlos, con absolución del pago de las costas al que fueron igualmente condenados en la instancia y declarando de oficio las de esta.

Comuníquese esta sentencia y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 2689/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Segunda Sentencia**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 30 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto a causa Rollo de Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado n.º 145/2019, seguida por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, para la resolución de los recursos de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el día 25 de septiembre de 2018 por el Juzgado de lo Penal n.º 19 de los de Madrid, en el Procedimiento Abreviado 127/2017, dimanante del Procedimiento Abreviado 1422/2016 instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 45 de Madrid, por delito contra la fauna, contra, entre otros, Carlos Miguel, con D.N.I. NUM000, en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial el 4 de marzo



de 2019, que ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** La sentencia rescindente estimó el motivo de casación que por infracción del ley y aplicación indebida del artículo 336 del Código Penal formuló la representación de Carlos Miguel, en el sentido de entender que los hechos por los que el recurrente y el resto de acusados fueron condenados, no eran subsumibles en el mencionado tipo penal mencionado.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Carlos Miguel, Juan María y Jesús Carlos, del delito contra la fauna del que eran acusados, declarando la nulidad del pronunciamiento contenido en sentencia dictada el 4 de marzo de 2019, por la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, en su Rollo de Sala Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 145/2019, que desestimó los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2018, en el Procedimiento Abreviado n.º 127/2017, por Juzgado de lo Penal n.º 19 de los de Madrid.

Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina