

Curso académico: 2012-2013

Informe Jurídico sobre el artículo 336 del Código Penal

**Natalia S. Garzón, David P. López, Ana Flávia T. Macedo,
Jerónimo B. S. Mateus**

(Estudiantes del Máster Universitario de Derecho Ambiental)

Cliente: SEO/BirdLife

Índice

1. INTRODUCCIÓN	3
2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA	6
2.1. Metodología de confección del cuadro de sentencias	6
2.2. Elementos analizados.....	6
2.2.1. Lugar de comisión del delito.....	6
2.2.2. Animales afectados.....	6
2.2.3. Sustancias utilizadas	7
2.2.4. Sentido del fallo de los tribunales.....	7
2.2.5. Concurso de delitos	7
2.2.6. Penas impuestas.....	8
2.2.7. El papel de las entidades personadas	8
2.2.8. La responsabilidad civil	9
2.2.9. Otros elementos analizados.....	9
3. ARGUMENTARIO JURÍDICO. ARTÍCULO 336 CP	11
3.1. El bien jurídico protegido.....	11
3.2. Tipicidad	12
3.2.1. El tipo objetivo	12
3.2.1.1. Sin estar legalmente autorizado.....	13
3.2.1.2. El objeto del delito.....	16
3.2.1.3. El sujeto de la acción.....	17
3.2.1.4. El medio comisivo.....	18
3.2.1.5. Artes de similar eficacia destructiva o no selectivas para la fauna.....	19
3.2.2. Tipo subjetivo.....	21
3.2.3. Tipo Agravado	22
3.3. Antijuridicidad	23
3.3.1. Causas de justificación	23
3.3.1.1. Legítima defensa	24
3.3.1.2. Estado de necesidad	24
3.3.1.3. Actuar en cumplimiento de un deber	25
3.4. Culpabilidad	26
3.4.1. Error de prohibición.....	26
3.5. Prueba.....	28
4. CONCLUSIONES.....	33
5. BIBLIOGRAFÍA	36

1. INTRODUCCIÓN

En octubre de 2012 la Clínica Jurídica Ambiental del Centro de Estudios de Derecho Ambiental (CEDAT) de la Universitat Rovira i Virgili recibió una propuesta de colaboración por parte de SEO/BirdLife en el contexto del proyecto *Life+* VENENO.

El proyecto *Life+* VENENO pretende lograr una reducción significativa del uso ilegal de veneno en España. Este problema supone una de las principales causas de mortalidad para algunas de las especies más amenazadas de Europa, como el águila imperial ibérica, el quebrantahuesos, el milano real o el alimoche.

Una de las acciones previstas por el proyecto es la personación en vía penal en los casos que se juzguen por uso ilegal de veneno. En los últimos años, y desde el reconocimiento de este delito contra la fauna por el Código Penal (en adelante, CP), han sido varias las sentencias condenatorias recaídas por el uso de este método masivo y no selectivo. En este contexto, se propone a la Clínica Jurídica Ambiental del CEDAT la elaboración de un informe que tenga por objetivo analizar la aplicación del artículo 336 del CP y de las sentencias emitidas en esta materia.

La Clínica Jurídica Ambiental propone a SEO/BirdLife ampliar el análisis al plano doctrinal, con el fin de ofrecer estrategias jurídicas idóneas a la defensa de los intereses de la entidad.

El objetivo del informe que se desarrolla a continuación es, por consiguiente, analizar el tipo previsto en el artículo 336 del CP, haciendo especial énfasis en el veneno como modo comisivo del delito.

En la primera parte del informe se aborda el estudio jurisprudencial solicitado. Para ello se analiza la jurisprudencia facilitada por SEO/BirdLife y toda la disponible hasta la fecha con el fin de identificar las de interés para el estudio, siendo finalmente 43 las seleccionadas. Para una mejor visualización de los resultados se opta por elaborar un cuadro analítico (Anexo) y plasmar algunas consideraciones en el informe. Los elementos analizados en el cuadro son: el lugar de comisión del delito; los animales afectados; el tipo de veneno utilizado; el sentido condenatorio o absolutorio de los fallos de los tribunales; las penas impuestas; la existencia de concurso de delitos; las entidades personadas y la responsabilidad civil.

En la segunda parte del informe se desarrolla un argumentario jurídico del tipo objeto de investigación, a partir de las categorías del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En ese apartado, además, se analiza la importancia de la prueba respecto a la persecución de este delito, pues tras el análisis tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, hemos considerado que es un elemento de suma importancia para el éxito en el cometido de SEO/BirdLife.

En las conclusiones, hemos procurado, considerando todo lo analizado, formular recomendaciones que puedan ser útiles para la Sociedad cuando afronte futuros casos de posible aplicación del art. 336 del CP, sobre todo cuando sea el veneno el modo comisivo empleado.

Igualmente, creemos importante referirnos, en estas mismas líneas introductorias, a la evolución del tipo penal, con las sucesivas reformas que ha sufrido hasta llegar a su redacción actual. En ese sentido, debe destacarse que el delito ya estaba previsto en el art. 336 del Código Penal de 1995 en el momento de su promulgación¹, habiendo sido objeto de dos modificaciones posteriores. La primera por la Ley Orgánica 15/2003², de 25 de noviembre, y la segunda por la Ley Orgánica 5/2010³ de 22 de junio. En la primera reforma, se modificó la pena. En primer lugar, para incluir siempre en la condena la *“inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de uno a tres años”*; y, en segundo lugar, se modificó la pena mínima de prisión de 6 meses prevista en la redacción original, reduciéndola a cuatro meses.

La reforma de 2010 modificó la redacción original incluyendo la expresión *“o no selectiva para la fauna”*, ampliando así los medios comisivos con una cláusula

¹ Redacción original: *“Artículo 336.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 de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses. Si el daño causado fuera de notoria importancia se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior”*

² Versión de la ley 15/2003: *“artículo 336. 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 de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses y, en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de 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”*

³ Redacción actual, dada por la ley 5/2010: *“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”*

abierta. Ese cambio tiene su origen en la jurisprudencia, que venía interpretando que la equiparación de un medio comisivo al veneno o los explosivos debería ser tenida en cuenta no solamente considerando la posibilidad de que ese arte concreto afecte a un gran número de animales (misma eficacia destructiva), sino que la inclusión en el tipo debería darse también en casos de afectación indiscriminada, o no selectiva para la fauna del método empleado⁴. Finalmente, tan sólo señalar que el tipo está previsto en el *Capítulo IV - De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos*, del *TÍTULO XVI - De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente*.

⁴ Una de las sentencias que aplicó esta interpretación antes de la modificación del tipo, fue la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, núm. 270/2001 de 14 de diciembre.

2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

2.1. Metodología de confección del cuadro de sentencias

Para la elaboración del cuadro hemos ordenado las 43 sentencias seleccionadas cronológicamente y reflejado, en columnas distintas, todos y cada uno de los aspectos que se propusieron como elementos de análisis de las resoluciones judiciales objeto de estudio, tales como pena, animales afectados o entidades personadas.

Además, hemos añadido otros parámetros de estudio que, tras el análisis de los documentos consideramos de gran interés mencionar.

A continuación se presentan algunas consideraciones y datos a modo de conclusiones generales respecto a cada uno de estos elementos.

2.2. Elementos analizados

2.2.1. Lugar de comisión del delito

Según las 43 sentencias analizadas, el principal sector implicado en la utilización del veneno como medio de captura de distintas especies animales es el cinegético. Concretamente, en la mayoría de los casos el veneno lo encontraremos situado en los cotos de caza.

La finalidad del uso del veneno en este caso será precisamente para eliminar depredadores en estas áreas.

Otros lugares en los que también encontraremos veneno, según se desprende de las sentencias estudiadas, son los montes y explotaciones agrícolas o ganaderas.

2.2.2. Animales afectados

En las 43 sentencias analizadas hemos encontrado una amplia variedad de animales afectados por el veneno, entre los que destacan, por su mayor porcentaje, los zorros y

los perros, y, en menor medida, los gatos. En cuanto a las aves afectadas, debemos destacar las que siguen:

Milano, el Buitre, el Águila, el Búho, el Halcón, el Milano Real, el Milano negro, el Cuervo, el Rabilargo, la Graja, la Urraca, el Gavilán, el Cernícalo vulgar, el Ratonero común, el Aguilucho, el Aguilucho cenizo, el Aguilucho lagunero y el Quebrantahuesos.

El milano y el milano real son las dos especies de aves que más han sufrido el uso del veneno en la caza, según lo recogido por la jurisprudencia analizada,. Cabe apuntar que algunas de estas especies son especies protegidas.

2.2.3. Sustancias utilizadas

Como sustancia más utilizada en el envenenamiento de la fauna debemos destacar, según los datos recogidos de la jurisprudencia, el aldicarb (compuesto químico perteneciente a la familia de los carbamatos que es empleado fundamentalmente como insecticida).

Otras sustancias tóxicas, que se desprende de las resoluciones analizadas que también han sido utilizadas son: el Fention, el Carbamatos, el Pesticida organofosforados, el Malathion, la Estrictina, el Metamidofos, el Fenobarbital, el Clorpirifós, el Metomilo y el Lannate (metomilo, carendacima, flusilazol).

2.2.4. Sentido del fallo de los tribunales

Casi la totalidad de las sentencias analizadas son condenatorias, a excepción de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Toledo, núm. 29/01, de 8 de febrero, en la que se absuelve al reo por no haber una relación de causalidad probada entre el veneno encontrado y la conducta del mismo.

2.2.5. Concurso de delitos

En la mayoría de las 43 sentencias estudiadas no existe concurso de delitos entre el artículo 336 CP y otros tipos penales. En aquellas en que se aplica el concurso, es con los artículos 334, 337 y 338, todos del CP.

2.2.6. Penas impuestas

En todas y cada una de las sentencias condenatorias se imponen penas de inhabilitación para el ejercicio de la caza y de inhabilitación para el ejercicio del sufragio pasivo, siendo la pena más grave, señalada por el precepto, la privativa de libertad. Ésta es, a la vez, la más comúnmente impuesta por los tribunales, dependiendo la duración de la misma de la gravedad de la conducta y de las consecuencias efectivas de la misma.

En los casos en donde no se impone la pena privativa de libertad, los órganos jurisdiccionales han optado por la imposición de multas, imponiéndose éstas en la mayoría de ocasiones como una determinada cantidad por día y, en las menos, condenando a un tanto alzado.

2.2.7. El papel de las entidades personadas

El Ministerio Fiscal, en tanto que delito público, es parte personada en todos los procesos. También encontramos entidades personadas como acusación popular. En esta caso, se trata mayoritariamente de Asociaciones Ecologistas. Por ejemplo, la Asociación de Naturalistas del Sureste y la Sociedad Española de Ornitología (en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 91/1998 de 17 de julio); la Fundación para la conservación del Quebrantahuesos (en la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Huesca núm. 139/99); el Fondo para la Conservación del Buitre Negro (en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida núm. 483/2008 de 31 de octubre) y la Asociación para la Conservación y Estudio del Lobo Ibérico (en la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de A Coruña núm. 152/2010).

En determinados procedimientos, como es el caso de la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 91/1998 de 17 de julio, existe también personación por parte de partidos políticos, concretamente del Partido de los Verdes de la Región de Murcia.

En otros procesos son las Administraciones Públicas las que aparecen como acusación. Tal es el caso de la Diputación General de Aragón que aparece como acusación en varias sentencias; la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha; el

Consell Insular de Menorca; la *Generalitat de Catalunya*; el Ayuntamiento de Castril y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

2.2.8. La responsabilidad civil

En 15 de las 43 sentencias existe condena por responsabilidad civil. En la mayoría de casos supone el pago a los propietarios de los perros muertos la valoración económica que se hace de los mismos, como es el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Huesca núm. 139/99 de 29 de marzo o la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Ciudad Real, núm. 55/2003 de 29 de abril.

Por otra parte, en el supuesto de animales protegidos, la indemnización por responsabilidad civil se paga a la Administración pública, como por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ciudad Real, núm. 486/02 de 15 de noviembre.

2.2.9. Otros elementos analizados

Además de los elementos anteriormente indicados, y que son los que SEO/BirdLife indicó que se deberían estudiar, hemos considerado conveniente analizar otros de especial interés.

El primer ítem objeto de estudio ha sido el tipo delictivo del artículo en el que se basan las sentencias para condenar o, en su caso, absolver, por el uso de veneno. Concretamente se ha considerado oportuno estudiar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Cabe avanzar que ninguna de las sentencias entra a analizar las categorías de la teoría jurídica del delito, pero entendemos que puede ser de gran relevancia tenerla en cuenta para el planteamiento de futuros procesos. Posteriormente llevaremos a cabo este análisis doctrinal.

En segundo lugar, la aplicación de agravantes y atenuantes en las resoluciones. Hemos encontrado la aplicación de agravantes en una minoría de sentencias y en relación a las infracciones graves previstas en la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de conservación de la naturaleza, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. En cuanto a los atenuantes, hay que destacar por ejemplo la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 65/2011 del 21 de marzo.

En tercer lugar, hemos creído acertado detenernos en las costas del procedimiento. Salvo algunos casos, en la mayoría se ha condenado al acusado o acusados a pagar las costas del mismo.

Para clasificar las sentencias en relación con los animales afectados por el uso del veneno, hemos tenido en cuenta la especie a la que pertenecen, la cantidad de animales afectados y si se trata de especies protegidas o no.

Se ha utilizado como criterio de clasificación también el modo en el que se detecta la comisión del delito a indicios del mismo. En la mayoría de los casos, las investigaciones son llevadas a cabo por el SEPRONA. En determinados casos, ocurridos en Aragón, son los Agentes para la protección de la Naturaleza de la DGA quienes han detectado el ilícito penal, y en las actuaciones llevadas a cabo en Cataluña, el “Cos d’Agents Rurals” es el encargado de realizar las patrullas encaminadas a detectar indicios de comisión, o de atrapar *in fraganti* a los autores.

No debemos olvidar que en ocasiones son las inspecciones rutinarias de estos cuerpos las que destapan los ilícitos, pero a veces son particulares mediante denuncias los que ponen en conocimiento de estos cuerpos la posible comisión del tipo.

Finalmente, hemos añadido una casilla que lleva como título, “comentarios”, con el fin de destacar, si los hubiere, aquellos aspectos que no se hallan identificados por ninguno de los elementos previamente expuestos.

3. ARGUMENTARIO JURÍDICO. ARTÍCULO 336 CP

3.1. El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en el artículo 336CP es la biodiversidad⁵, ya que el objeto de protección no son los animales individualmente considerados sino en atención a la función ecológica que ejercen. En ese sentido SERRANO TÁRRAGA afirma que *“hay que tener en cuenta que en el capítulo, los elementos de la flora y de la fauna no se protegen en si mismos, sino como parte del medio ambiente y en la medida que el ataque a estos elementos, y a su hábitat, pueden alterar y perjudicar al medio ambiente”*⁶

Es castigado el empleo de métodos con ‘eficacia destructiva’ o ‘no selectiva para la fauna’. Las expresiones utilizadas por el legislador demuestran que la preocupación es por el equilibrio ecológico de las especies que componen uno de los elementos del medio natural, que es la fauna.

La ley 42/2007 del patrimonio natural y de la biodiversidad, en su artículo 3.3 define ‘biodiversidad’ o lo que también llama ‘diversidad biológica’ como: *“variabilidad de los organismos vivos de cualquier fuente, incluidos entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”*. Del mismo modo que los artículos 334 y 335 CP, estos tres artículos sirven para la protección de la biodiversidad de la fauna silvestre, puniendo algunas conductas que la puedan comprometer.

La delimitación del bien jurídico protegido tiene importantes consecuencias prácticas, ya que a partir de su definición es posible evaluar la existencia de antijuridicidad material. Así, una conducta típica podría no ser antijurídica por el hecho de no afectar al bien jurídico protegido.

En el caso del artículo 336 CP, por ejemplo, la posibilidad de afectación de la biodiversidad deriva de los métodos utilizados para la caza y/o la pesca que son

⁵ MARQUÉS I BANQUÉ, María en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) ; MORALES PRATS, Fermín (coord.) ; TAMARIT SUMALLA, Josep Maria [et al.], *Comentarios al Código penal español*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2008, pág. 171.

⁶ SERRANO TÁRRAGA, María Dolores; SERRANO MAÍLLO, Alfonso; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental*. Madrid, Dykinson, 2009, pág. 195.

considerados productores de riesgo para el bien jurídico protegido. Así se pronuncia MUÑOZ CONDE, cuando afirma que *“el desvalor de la conducta reside aquí no en la especie pescada o cazada, sino en el daño que se puede provocar a la biodiversidad por los medios empleados en la caza o la pesca”*⁷. En este sentido el autor entiende que la conducta, para ser típica, debe ocasionar un mínimo de *“peligrosidad para el equilibrio biológico”*⁸.

La importancia del bien jurídico en la determinación de la tipicidad de la conducta puede ser ejemplificada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 270/2001 de 14 de diciembre. La Audiencia Provincial condenó por el delito tipificado en el artículo 336 CP, a una persona que había utilizado un lazo de acero para cazar con el que atrapó un oso, siendo esta una especie amenazada. En la época, los métodos no selectivos no estaban tipificados, ya que los hechos se cometieron antes de la reforma del CP llevada a cabo en el año 2010, pero aun así se consideró que la conducta era típica en base a que la eficacia destructiva debía ser considerada igualmente en relación con las especies que pudiera afectar: *“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”*.

3.2. Tipicidad

3.2.1. El tipo objetivo

El artículo 336 del Código Penal español determina 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*

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Manual de derecho penal medioambiental*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 331.

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Manual de derecho ... Op.cit.*, pág.332.

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”.

Como se desprende de la redacción típica el precepto no exige la muerte del animal afectado para que el autor pueda ser condenado, convirtiendo a éste en un delito de mera actividad, debido al riesgo potencial que entraña dicha actividad para el bien jurídico protegido biodiversidad.

La jurisprudencia es pacífica en este aspecto, y así, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado Penal núm. 5 de Palma de Mallorca, de 10 de septiembre de 2001, considera que la aplicación del artículo 336 CP *“no requiere la producción de un daño concreto, sino que se trata de un delito de riesgo”*. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 143/2007, de 11 de octubre, cuando determina que *“no exige para la consumación del tipo delictivo que se hayan cobrado una o varias piezas, sino que bastará con el empleo de los medios”*.

Como refleja SÁNCHEZ GASCÓN⁹, la muerte de alguna especie por el uso de veneno tan sólo tendrá relevancia a efectos de reparación del daño causado o, en caso de considerar dicho daño de notoria importancia, a fin de aplicar el tipo agravado, que comporta la aplicación de la pena en su mitad superior.

3.2.1.1. Sin estar legalmente autorizado

El artículo 336 CP determina que para que el tipo delictivo se cumpla el sujeto activo debe actuar *“sin estar legalmente autorizado”*.

Entendemos que existen dos interpretaciones de este elemento típico. Por un lado, puede entenderse dicha autorización en tanto que autorización legal, es decir, que exista una determinada norma que autorice al sujeto a la realización de la conducta descrita como típica en determinadas situaciones y cuando se den determinados requisitos. En este caso nos encontraríamos frente a una accesoriedad normativa, es decir, ante una norma penal en blanco.

⁹ SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso. *Caza y veneno*. Ed. Exlibris Ediciones. Madrid (2010).

La segunda interpretación entendería la autorización como acto administrativo singular habilitante para utilizar el veneno. En este supuesto se trataría de un supuesto de la llamada accesoriadad al acto administrativo, siendo la concurrencia o incidencias de la licencia o autorización el elemento que cobra relevancia en sede de tipicidad. Es decir, lo relevante será si la autorización que alega el sujeto imputado es o no existente y si ha sido concedida siguiendo el procedimiento establecido y conforme a la normativa. En caso negativo nos hallaríamos ante una autorización ilegal, que de ningún modo concede derechos, no pudiéndose alegar en estos casos y en sede de antijuridicidad, la causa de justificación de “ejercicio legítimo de un derecho”.

A partir de la interpretación de la normativa administrativa sobre la autorización de métodos de caza generalmente prohibidos, URRAZA ABAD manifiesta ser partidario de esta segunda opción interpretativa. Así, el autor afirma que *“la mera lectura de la normativa administrativa reguladora de la caza o la pesca a nivel estatal nos lleva necesariamente a concluir que la “autorización expresa” a la que se hace referencia en el art. 336 del Código Penal de 1995 no puede tratarse sino de una autorización administrativa de carácter individual (y, siempre en las condiciones en las que la legislación administrativa faculta para su otorgamiento), lo que nos sitúa, también de manera inevitable, ante una evidente “accesoriadad de acto administrativo” entre el precepto penal y el ordenamiento jurídico administrativo”*¹⁰.

El Real Decreto núm. 1095/1989 de 8 de septiembre, en su Anexo III indica una serie de procedimientos de captura de animales que están prohibidos. El Tribunal Constitucional, en la STC núm. 102/1995 de 26 de Junio, sin embargo, negó que el Anexo tuviera carácter de legislación básica, y que vulneraba la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de caza (Art. 149.1.11 de la CE). Por lo tanto, para saber los métodos de caza autorizados, hay que remitirse a la legislación autonómica. En ese sentido se posiciona REQUEJO CONDE cuando determina que *“corresponde a las distintas Comunidades Autónomas la competencia para determinar los medios o métodos que no se pueden emplear en el ejercicio de la actividad venatoria en sus respectivos territorios, con sujeción a lo dispuesto en la*

¹⁰ URRAZA ABAD, Jesús. *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*. Madrid, La Ley, 2001, pág. 319.

norma básica del Estado y a lo preceptuado por imperativo del Derecho Comunitario”¹¹.

La Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad en su artículo 62. 3 a) prohíbe algunos métodos de caza: *“Quedan prohibidas la tenencia, utilización y comercialización de todos los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales, en particular los enumerados en el Anexo VII, así como aquellos procedimientos que puedan causar localmente la desaparición, o turbar gravemente la tranquilidad de las poblaciones de una especie.”* Esta ley tiene el carácter de legislación básica estatal, como establece su disposición final segunda, en base al título competencial de Medio Ambiente, de modo que son aplicables las restricciones a los métodos de caza previstos en el Anexo VII. No obstante, recordemos que las Comunidades Autónomas pueden dictar normas adicionales de protección, en base a la competencia medioambiental.

La misma ley 42/2007 prevé la posibilidad de que la Comunidad Autónoma autorizara la utilización de un método prohibido, cuando cumpla los requisitos previstos en el tercer párrafo del mismo artículo 62.3 a): *“Siempre y cuando no exista otra solución satisfactoria alternativa esta prohibición podrá no ser de aplicación si se cumplen estos dos requisitos: 1.º Que concurren las circunstancias y condiciones enumeradas en el artículo 58.1, y 2.º que se trate de especies de animales de interés comunitario no consideradas de protección estricta en la normativa de la Unión Europea.”*

El artículo 58 del mismo texto legal, que lleva por título “excepciones”, a su vez dispone en el apartado primero que *“Las prohibiciones establecidas en este capítulo podrán quedar sin efecto, previa autorización administrativa de la Comunidad autónoma (...)”* cuando concurren algunas de las circunstancias que enumera”¹². Por

¹¹REQUEJO CONDE, Carmen. *La Protección penal de la fauna: especial consideración del delito de maltrato a los animales*. Granada, Comares, 2010, p. 131.

¹² *“Artículo 58 Excepciones 1. Las prohibiciones establecidas en este capítulo podrán quedar sin efecto, previa autorización administrativa de la Comunidad autónoma, si no hubiere otra solución satisfactoria y sin que ello suponga perjudicar el mantenimiento en un estado de conservación favorable de las poblaciones de que se trate, en su área de distribución natural, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

a) Si de su aplicación se derivaran efectos perjudiciales para la salud y seguridad de las personas.
b) Para prevenir perjuicios importantes a los cultivos, el ganado, los bosques, la pesca y la calidad de las aguas.
c) Cuando sea necesario por razón de investigación, educación, repoblación o reintroducción, o cuando se precise para la cría en cautividad orientada a dichos fines.

lo tanto, nos encontramos que ante unas circunstancias especiales y extraordinarias la Administración Pública puede autorizar el uso de los métodos prohibidos, lo que tornaría la conducta en atípica.

Es importante recordar que el hecho de utilizar un método prohibido no implica por sí solo que la conducta sea típica, pues habría que comprobar su potencial eficacia destructiva o no selectiva. Sin embargo, respecto al veneno y a los explosivos la eficacia destructiva entendemos que se presume y se desprende de la redacción del artículo, con lo que no se necesita prueba de la misma. Sin embargo, en caso de encontrarnos con otros métodos sí que será necesario evaluarlo.

3.2.1.2. El objeto del delito

En cuanto al objeto del delito, y debido a la redacción del precepto, surge la duda de si se cumple el tipo penal cuando la conducta típica se produce sobre cualquier tipo de animal o, solamente, sobre aquellos que son susceptibles de caza o pesca en sentido estricto.

SÁNCHEZ GASCÓN¹³, considera que es un error el empleo por parte del legislador estatal de los términos “cazar” y “pescar” en el artículo 336 CP, pues éstos, aplicados en su sentido estricto, y basándonos en la definición dada por el artículo 2 de la Ley de Caza de 1970, que lleva por título “de la acción de cazar” y reza del siguiente modo: “*Se considera acción de cazar la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos en esta Ley como piezas de caza con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por tercero*”, implicaría que tan sólo se consideraría que se está cazando, y por tanto cometiendo el delito, si el uso del veneno, explosivos o artes de similar eficacia, afectan a animales definidos en dicha Ley como piezas de caza, dejando desprotegida al resto de la fauna. No obstante lo anterior, el legislador entra en contradicción al emplear la expresión “para la fauna”

d) *En el caso de las aves, para prevenir accidentes en relación con la seguridad aérea.*

e) *Para permitir, en condiciones estrictamente controladas y mediante métodos selectivos la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies no incluidas en el Listado de Especies en Régimen de Protección Especial, en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar su conservación.*

f) *Para proteger la flora y la fauna silvestres y los hábitats naturales”*

¹³ SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso, Caza y ... *Ob. Cit.*

cuando se refiere a las demás artes, pues este concepto engloba tanto a las especies cinegéticas, como a las protegidas u a otras¹⁴.

La realidad fáctica indica que, aunque normalmente el veneno se utiliza para usos cinegéticos, también afecta a multiplicidad de especies amenazadas y otras, normalmente aves carroñeras. Como se puede comprobar en el estudio jurisprudencial realizado, también a algún mamífero salvaje y, en muchas ocasiones, a perros u otro tipo de aves distintas de las carroñeras. Así pues, se debe admitir y se admite la inclusión en el tipo penal del 336 CP de las conductas que afectan a especies amenazadas¹⁵, aun existiendo un tipo específico de caza de las mismas, y también a aquellas que afectan a animales domésticos, y ya no sólo a las susceptibles de caza en sentido estricto.

En definitiva, en el caso de las especies protegidas nos encontramos ante un concurso ideal de delitos entre los artículos 334 y 336 CP, tal y como se ha reflejado en el estudio de la jurisprudencia, y en el caso de afectación a los animales domésticos, ante un concurso entre los tipos penales de los artículos 336 y 337 CP, en caso de que el juzgador considere que se dan las circunstancias para ello (recordemos que se requiere maltrato injustificado y causar un daño grave o la muerte de forma efectiva).

Quedaría fuera del ámbito de aplicación del artículo una lista de fauna no considerada susceptible formalmente de caza, ni protegida, ni doméstica, puesto que los insectos y los pequeños roedores deben ser controlados en tanto que plaga o lacra para muchas actividades ganaderas y agrícolas, realizándose este control mediante venenos (raticidas, insecticidas, plaguicidas).

3.2.1.3. El sujeto de la acción

De acuerdo con el texto legal el delito puede ser cometido por cualquier persona física que emplee de forma efectiva el veneno para cazar o pescar, sea o no cazador o titular de un coto de caza, siendo por lo tanto un delito común. Es decir, aquel que no exige que concurren en el sujeto determinadas características para poder realizar el tipo.

¹⁴ *Ibidem*. Cabe tener en cuenta también que la ley que lo define es preconstitucional.

¹⁵ HAVA GARCIA, Esther. *La Tutela Penal de los Animales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 98.

En relación con las personas jurídicas, el artículo 31 bis) CP admite la posibilidad de que sean penalmente responsables cuando el delito sea cometido por cuenta o en nombre de la misma, y también en su provecho, por sus representantes legales o sus administradores de hecho o de derecho. Podría plantearse la aplicación de este precepto, por ejemplo, cuando un coto de caza privado perteneciera a una sociedad de cazadores, por orden del administrador y en provecho de los demás socios cazadores, y por lo tanto de la persona jurídica, se acordara colocar cebos envenenados para acabar con determinados depredadores.

Además, de acuerdo con el art. 116.3 del CP, la responsabilidad penal de la persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el art. 110 del CP de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos. Cabe apuntar que estamos hablando siempre de casos en que la persona física sea trabajadora o dependa de la persona jurídica (Ej. guardas de seguridad, encargados de fincas).

Es especialmente sensible la cuestión de los titulares de los cotos de caza. Estos no deberían ser responsables del delito por el mero hecho de que el veneno haya aparecido en su finca, siendo necesario que fueran ellos quienes hubieran colocado el veneno, u ordenado a alguien que lo colocara. No obstante, es común en la jurisprudencia estudiada imputar al titular del coto un hecho del cual no se ha probado totalmente que sea responsable, bastando con la prueba indiciaria de que se haya encontrado el veneno o los animales envenenados en la finca. Esta cuestión será analizada posteriormente¹⁶.

3.2.1.4. El medio comisivo

El artículo 336 CP determina como medio comisivo el veneno, los explosivos u otras artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna. Puesto que el objeto principal de estudio de este informe es el veneno nos centraremos exclusivamente en el análisis de este medio comisivo.

¹⁶ *Vid. Infra* apartado 3.5.

Es oportuno traer a colación, en primer lugar, las consideraciones de SÁNCHEZ GASCÓN¹⁷ en relación con este medio comisivo y con lo que debemos entender por veneno a efectos de aplicación de este artículo:

- A) Se trata de cualquier producto químico que tenga el poder efectivo de envenenar a la fauna.
- B) Es totalmente indiferente que la elaboración del producto esté autorizada o prohibida, bastando con que la substancia se utilice y tenga o pretenda tener efectos contra la fauna.
- C) No sólo tiene la consideración de veneno todo producto científicamente elaborado, sino que deben considerarse como tal también aquellos productos naturales que, aunque ahora en desuso generalizado, han sido de frecuente utilización: el gordolobo, el torvisco, el beleño, el acónito, la llamada yerba de balletero o el verdegambre, los que, previa manipulación casera, son capaces de crear un veneno capaz de dar muerte.
- D) La utilización del veneno para fines cinegéticos o para pesca. Cita el autor la Sentencia del Juzgado Penal de Murcia de 27 de abril de 2007, en la que se esparció veneno (raticida autorizado para uso agropecuario) en la finca no para cobrarse piezas de caza, pues no utilizó cebos envenenados, sino que el veneno se depositó en una lona azul cuyo propósito precisamente era el de evitar la confusión con comida por parte de los animales. Evidentemente el uso del veneno en una finca o coto de caza, aunque no sea con fines cinegéticos debe ser castigado debido al peligro potencial que esta conducta tiene para la fauna, ahora bien, la sanción deberá ser administrativa no pudiendo ser sancionada penalmente.
- E) El veneno debe ser utilizado en unas cantidades que en mayor o menor medida, sean efectivas para con la fauna.

3.2.1.5. Artes de similar eficacia destructiva o no selectivas para la fauna

Es usual que las normas administrativas de carácter autonómico (por ejemplo, El artículo 39 de la Ley 2/2011, de Caza, de la Comunidad Autónoma del País Vasco)

¹⁷ SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso. Caza y ... *Ob.Cit.*

establezcan una serie de prohibiciones que pueden ser de interés a la hora de interpretar qué cabe entender por “artes de similar eficacia destructiva al veneno y a los explosivos, o no selectivas para la fauna” en el contexto del Código Penal.

En este artículo se mencionan métodos (o circunstancias) de caza no permitidos, debido a que los animales se encontrarían en una clara situación de desventaja o vulnerables ante el cazador.

Estas prohibiciones consisten tanto en el aprovechamiento de situaciones meteorológicas adversas para la fauna como son los temporales, incendios, inundaciones, sequías, heladas, niebla, nevadas etc., así como en el uso de reclamos vivos o naturales, eléctricos, digitales o mecánicos, grabaciones, espejos, faros, linternas u otras fuentes luminosas artificiales, aparatos electrizantes o paralizantes etc.

Ahora bien, el hecho de que una norma administrativa señale como prohibidos una serie de métodos de caza no implica *per se* la inclusión de los mismos en el tipo penal bajo la cláusula de “*artes de similar eficacia destructiva o no selectivas para la fauna*”. Así lo determinan sentencias como la de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. 362/2012, de 19 de julio, cuando afirma que “*no todo empleo de medios prohibidos por la norma administrativa queda sometido a sanción penal*”. Además la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz núm. 105/1998, de 16 de noviembre establece que “*esta labor de interpretación del Texto Legal, que implica un «numerus apertus», ha de efectuarse con criterios restrictivos, pero no debe olvidarse en ningún momento que nos encontramos en el ámbito del derecho penal, en el que priman determinados principios que impiden una interpretación contra el reo de las normas jurídicas*”.

Así pues, deberá analizarse de forma detenida y restrictiva si esas artes prohibidas por la normativa administrativa pueden caber en el tipo penal del artículo 336 CP, tomando en este punto una gran relevancia el sentido en el que se haya ido pronunciando la jurisprudencia en relación con los distintos métodos.

A modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 202/2011, de 6 de mayo, considera que el método de la caza con “liga” (colocación en un árbol de varillas impregnadas de un pegamento para capturar aves pequeñas, siendo su misión principal capturarlas vivas, no darles muerte) no tiene cabida en el tipo penal, aun estando prohibida por la normativa administrativa estatal y

comunitaria, pues mientras otros métodos *“provocando forma necesaria e irreversible, la muerte de los ejemplares afectados, no cabe predicar lo mismo del uso de la liga, que si bien es medio prohibido por la normativa comunitaria y autonómica administrativa, carece 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 porcentaje de las aves capturadas pueden sobrevivir a su captura con el cumplimiento de las adecuadas prevenciones por parte del cazador”*.

3.2.2. Tipo subjetivo

El delito contra la fauna tipificado en el artículo 336 CP sólo admite la modalidad de comisión dolosa. La existencia de dolo, de conocer y querer, se requiere para todos y cada uno de los elementos del tipo, debiendo analizarse también en relación con la eficacia destructiva del medio utilizado, puesto que es el elemento que provoca el riesgo. Como indica HAVA GARCIA¹⁸ en algunas situaciones ese conocimiento de la eficacia destructiva es presumido, por ejemplo, cuando se emplea una sustancia que según los conocimientos estándares del común de la población se sabe que es veneno.

Además del dolo directo (conocer y querer los elementos del tipo), otras formas de dolo son suficientes para la apreciación del delito. Así, si el sujeto fuere consciente de que su actuar va a provocar un daño, no deseándolo, pero lo asumiere, esta conducta sería punible si cumpliera con los demás elementos del tipo (dolo indirecto), y lo mismo en casos en que el sujeto conozca la posibilidad de que su actuar genere un daño para el bien jurídico, siendo este potencial y no cierto, y también lo acepte (dolo eventual).

Por otra parte, la utilización de las artes debe tener por finalidad la caza o la pesca. En ese sentido, no se considera que haya dolo, por ejemplo, cuando un sujeto utiliza explosivos en un río, en aras a posibilitar la construcción de determinada estructura y,

¹⁸ HAVA GARCIA, Esther. *La Tutela Penal ... Ob. Cit* pág. 103.

debido a ello acaba matando a una cantidad de peces, aunque después los aproveche para el consumo¹⁹. En ese caso la intención no es la pesca de los peces, por lo que no hay dolo en su conducta.

Se considera, sin embargo, en la línea de lo comentado con anterioridad, que la utilización del veneno para exterminar a los depredadores de las especies susceptibles de caza, o aquellas que perjudican determinada actividad ganadera o agrícola, sí integra el tipo penal, aunque bajo una interpretación literal se pudiera entender lo contrario. En este sentido se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares núm. 66/2002, de 3 de mayo: *“la interpretación de este elemento subjetivo (“para la caza”) puede hacerse conforme a la finalidad político-criminal perseguido por la norma sin forzar en absoluto la taxatividad de la Ley, de modo que también hechos como el presente, tendentes a eliminar depredadores salvajes o asilvestrados para garantizar las capturas futuras se orientan a la caza en el sentido requerido por el tipo.”*

3.2.3. Tipo Agravado

Como hemos visto, el delito del tipo básico es de mera actividad y de peligro, consumándose con el empleo de los métodos de caza o pesca referidos en el artículo. Por lo tanto, no se exige la producción de un resultado o un daño efectivo. Sin embargo, en el segundo inciso del artículo se prevé la modalidad agravada, cuando la conducta resulte en un daño de notoria importancia. De este modo, el tipo agravado se convierte en un delito de resultado, en tanto que se exige la producción de un daño notorio.

Una parte de la doctrina critica la indeterminación del precepto, puesto que no dispone de elementos efectivos de interpretación para determinar cuándo el daño será de notoria importancia. Nos encontramos así ante una cláusula discrecional e indeterminada de agravación, que podría vulnerar el principio de legalidad penal²⁰.

Sin embargo, según HAVA GARCÍA²¹, la interpretación de lo que debe entenderse por notoria importancia puede realizarse mediante criterios tanto cuantitativos como

¹⁹ *Ibidem*, pág.102.

²⁰ *Ibidem*, pág.172.

²¹ *Ibidem*, pág.102.

cualitativos, es decir, en función de la cantidad de animales afectados por la conducta o, en función de si los animales afectados están, o no, en peligro de extinción. En casos de afectación a animales domésticos, la calificación de la conducta típica como agravada, deberá realizarse atendiendo tan sólo al criterio cuantitativo.

3.3. Antijuridicidad

El término antijuridicidad, como sintetiza MUÑOZ CONDE, “*expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico*”²².

Mientras la antijuridicidad formal expresa la relación de contradicción de un hecho con el propio Derecho penal, la antijuridicidad material expresa la afectación de peligro o lesión al bien jurídico protegido, en nuestro caso la biodiversidad.

3.3.1. Causas de justificación

En Derecho penal la existencia de una conducta típica trae consigo la sospecha de que el hecho es igualmente antijurídico. Sin embargo, pueden concurrir causas de justificación que excluyan dicha antijuridicidad de la conducta.

Las causas de justificación se dan cuando el Derecho autoriza la realización de una conducta típica, y esa autorización comporta una exclusión de la antijuridicidad. El hecho, aunque típico, pasa a no ser ilícito. Las consecuencias de que concurra alguna de las causas de justificación previstas son, según MUÑOZ CONDE²³, las siguientes:

- a) No cabe legítima defensa, pues la conducta no es antijurídica;
- b) La participación igualmente estaría justificada;
- c) No sería posible imponer al autor cualquier otro tipo de sanción, pues el hecho sería lícito.
- d) El exceso en el ejercicio de una causa de justificación es antijurídico.

²² Por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Manual de derecho penal medioambiental*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pág 157.

²³ *Ibidem*, pág. 166

El artículo 20 del Código Penal prevé una serie de causas de justificación. Veámoslas a continuación una por una, con el fin de analizar la aplicación que pudieran tener en relación con el delito objeto de estudio.

3.3.1.1. Legítima defensa

La primera de las causas de justificación prevista en el art. 20.4 CP es la legítima defensa. En relación con el delito que estamos analizando es difícil plantear algún supuesto en el que el ejercicio de la legítima defensa lleve a la comisión de la conducta típica. Es decir, emplear el veneno, los explosivos, o los demás medios, para caza o pesca, ya que cualquier modificación teleológica en la conducta afectaría al tipo subjetivo, que exige que la acción se dirija al objetivo específico de cazar o pescar. En conclusión, la realización de la conducta descrita en el tipo con finalidad distinta de la que está prevista no sería típica por ausencia del elemento subjetivo.

3.3.1.2. Estado de necesidad

El estado de necesidad, la segunda causa de justificación prevista en el art. 20. 5 CP, puede plantear más cuestiones en materia ambiental, e incluso en el supuesto del art. 336 CP.

Se aprecia estado de necesidad cuando el sujeto es compelido a cometer un delito para evitar un mal mayor. Se da una situación de conflicto entre bienes jurídicos en peligro en la que el sujeto inevitablemente va a tener que afectar a uno de ellos.

El Código Penal establece tres condiciones para que se pueda apreciar el estado de necesidad: a) que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar; b) que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, c) que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. La jurisprudencia y la doctrina, por su parte, establecen exigencias para su apreciación como que el peligro para el bien jurídico propio o ajeno sea grave o que el mal no pueda ser evitado por otras vías menos lesivas.

En la jurisprudencia analizada no se encontró ningún caso de aplicación del estado de necesidad en relación con el art. 336. Una eventual alegación por parte de la defensa de esta causa de justificación en supuestos de utilización de un método de afectación masiva para la fauna para evitar un daño mayor, por ejemplo, a la propiedad (como

sería el ganadero que decide poner cebos envenenados para evitar la incursión de los zorros que atacan a sus gallinas en su terreno) se encontraría con objetivas dificultades para salvar los requisitos legales, doctrinales y jurisprudenciales mencionados.

3.3.1.3. Actuar en cumplimiento de un deber

El hecho de actuar en cumplimiento de un deber es una probable alegación por parte de la defensa para tratar de eliminar la antijuridicidad de la conducta típica cometida. El cumplimiento de un deber no presupone necesariamente una relación jerárquica entre superior e inferior pero ello no quiere decir que no pueda darse, encontrándonos entonces ante supuestos antiguamente reconducidos a la desaparecida eximente de obediencia debida. En estos últimos casos los elementos necesarios para que se pueda apreciar esta causa de justificación, según MUÑOZ CONDE²⁴, son: a) la relación jerárquica; b) la competencia abstracta del que da la orden; c) la competencia del subordinado para ejecutar el acto; d) la orden expresa y que aparezca revestida de las formalidades legales.

Tal y como pone de manifiesto QUINTERO OLIVARES, *“la mayoría de los casos que se presentan tienen como protagonista a un funcionario en el desempeño de sus obligaciones, pero eso no impide que puedan concurrir con relación a particulares, sujetos a deberes legales o contractuales que les determinen a actuar lesionando bienes jurídicos ajenos”*.²⁵

En casos de relación jerárquica en el ámbito laboral privado, una alegación que puede realizar la defensa, según el propio MUÑOZ CONDE, sería el estado de necesidad, ya antes comentado, o el miedo insuperable, conocido en el ámbito de las relaciones jerárquicas como “temor reverencial”, afectando este a la culpabilidad pero, siendo una eximente difícilmente susceptible de ser probada.

²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Manual de derecho ... Ob Cit.* Pág. 168.

²⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Cizur Menor, 2002, pág. 490.

Sin embargo, como ya hemos comentado, en la jurisprudencia analizada no hemos encontrado casos en que, cualquiera de estas causas de exclusión de la antijuridicidad, se alegasen por parte de la defensa.

3.4. Culpabilidad

Objeto de este estudio no es describir las distintas teorías alrededor de la culpabilidad, sino que consideramos más oportuno abordar el concepto con el fin de apuntar las implicaciones prácticas que puede tener respecto a la interpretación y aplicación del artículo 336 CP.

Se entiende por culpabilidad la actitud jurídicamente reprochable de un sujeto, respecto a la realización de una acción penalmente típica y antijurídica. Además, el reproche se funda en la capacidad del autor para comportarse con arreglo a las exigencias del Derecho penal, en su libertad de decisión.

Excluyen la culpabilidad, en primer lugar, la condición de un sujeto como inimputable (menores de edad, anomalías psíquicas o trastornos mentales transitorios, las intoxicaciones plenas y el síndrome de abstinencia y la alteración de la percepción); en segundo lugar el error de prohibición, como causa de desconocimiento de la antijuridicidad; en tercer y último lugar, las eximentes de la culpabilidad (situaciones en las que no se exige la conducta adecuada a Derecho: miedo insuperable y estado de necesidad exculpante).

De todas las causas de exculpación, la que nos interesa más aquí es el error de prohibición. Antes de entrar en su análisis cabe recordar que, cómo apuntábamos en el epígrafe anterior, el miedo a perder el trabajo podría alegarse por parte de la defensa como causa de exclusión de la culpabilidad, si bien tal opción toparía muy probablemente con los requisitos doctrinales y jurisprudenciales exigidos para la apreciación del miedo insuperable.

3.4.1. Error de prohibición

Cuando hablamos de error de prohibición nos referimos a la ausencia de conciencia de antijuridicidad, o bien a la creencia errónea de que existe justificación de la acción por parte del sujeto. Por tanto, el error de prohibición atañe a la valoración de la

conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad, comprendiendo tanto el error sobre la significación antijurídica general del hecho, como el error sobre la personal legitimación del autor para llevarlo a cabo. De este modo, dentro del error de prohibición se incluyen²⁶:

-Error sobre la licitud de la conducta. Se trata de que el que actúa típicamente lo hace creyendo que lo que hace no es delictivo, o que incluso, es justo.

Error sobre la concurrencia de causa de justificación. El autor sabe que actúa típicamente pero cree estar legitimado para hacerlo. El error de prohibición además puede ser absoluto o invencible, o bien relativo, vencible o evitable.

-Error invencible. Este error supone la impunidad de la conducta, de este modo, hace desaparecer el conocimiento de la antijuridicidad, que se señala como elemento esencial del dolo, pues, produce la impunidad por ausencia tanto de dolo como de culpa.

- Error vencible. Hay dos teorías. En el sistema causalista supone una falta de diligencia en el sujeto que no quiso informarse adecuadamente, determina la desaparición del dolo y la subsistencia de la imprudencia, que será la forma bajo la cual se castigará el hecho.

Por lo tanto deberíamos entrar a valorar en el supuesto concreto si estamos ante un supuesto de error de prohibición vencible o invencible.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º), núm. 282/2013, de 1 abril, establece que *“para excluir el alegado “error de prohibición” basta con que el autor tenga motivos suficientes o posibilidades para saber que su actuación se halla prohibida, por ser el hecho cometido contrario a elementales normas de común conocimiento”*.

Los tribunales raramente encuentran aplicable el error de prohibición invencible, por existir en casi la totalidad de los casos posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del actuar del sujeto por parte del mismo. Además, en todo caso, la prueba de la existencia de error corresponde a quien lo alega, no siendo necesario, aunque si recomendable, aportar por parte de la acusación evidencias de las que quepa inferir que los acusados podrían ser conocedores de la ilegalidad del acto, basándose en la diligencia que ha de tener cualquier persona en el conocimiento de las actuaciones que lleva a cabo y las consecuencias que dicha conducta puede

²⁶ Por todos, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal, op. cit.*, pág. 437.

acarrear. En otras palabras, pruebas de que existía realmente o podía existir un conocimiento de la antijuridicidad de la acción.

Por último, consideramos de especial relevancia y digno de mención, la posibilidad de que, la parte defensora del acusado de cometer el delito contra la fauna del artículo 336 CP, intente llevar el error de prohibición hacia el terreno del error de tipo, alegando que, por ejemplo, el error en el ejercicio del derecho que le confería una determinada autorización, es un error sobre el elemento del tipo “sin estar legalmente autorizado”. En otras palabras, la parte defensora podría intentar beneficiarse de la doble consideración (de tipo y de prohibición) que puede tener el error que versa sobre un elemento de carácter normativo.

Como acusación sería muy interesante evitar esta situación ya que, mientras en caso de apreciarse el error como de tipo el acusado no respondería penalmente ni civilmente, ya fuera el error invencible o vencible (por no castigarse el delito en su modalidad culposa), en caso de apreciarse el error como de prohibición vencible, si bien no existiría responsabilidad penal sí habría responsabilidad civil derivada del delito, así como la posibilidad de castigar la participación delictiva.

3.5. Prueba

Una de las cuestiones más controvertidas en el análisis del tipo es la prueba de los elementos objetivos y subjetivos. Como hemos visto en la primera parte del informe, en la mayoría de los casos analizados la autoridad administrativa que inició el procedimiento era la Guardia Civil (agentes del SEPRONA – Servicio de Protección de la Naturaleza), a partir de denuncias.

Normalmente, los agentes no encuentran a los autores del delito cometiendo el mismo *in fraganti*. La prueba directa sobre la colocación de los cebos envenenados o de otro instrumento delictivo tipificado es, por lo tanto, bastante difícil de obtener, más cuando se trata de cotos de caza privados.

En consecuencia, la prueba en el delito contra la fauna del artículo 336 CP va a ser generalmente indiciaria. En muchos casos, se acepta como prueba suficiente para condenar al sujeto el hecho de encontrar los cebos envenenados en una determinada finca, procediéndose a imputar el delito al propietario o arrendatario de la misma.

En esas situaciones una alegación recurrente, realizada por la defensa del sujeto imputado, es que los cebos encontrados son objeto de actos realizados por terceros ajenos a la finca, para perjudicar al dueño de la misma. En este sentido, en el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 10/2011, de 3 de febrero, la defensa del propietario del coto alegó que los cebos habían sido colocados en su finca por un empleado como acto de venganza. El Tribunal aplicando doctrina consolidada, como se verá más adelante, consideró que la prueba indiciaria es apta para destruir el principio de presunción de inocencia, siempre que los indicios sean objeto de prueba directa, sean efectivos y no meras hipótesis ni conjeturas, y estén sólidamente relacionados, con arreglo al criterio humano, con las conclusiones extraídas, derivando éstas últimas con natural fluidez lógica de los indicios obtenidos.

Uno de los elementos indiciarios que usualmente es considerado en las sentencias para incriminar al propietario del coto de caza es el hecho de que él es el principal beneficiado de la acción penalmente relevante. En la sentencia antes mencionada la Audiencia Provincial consideró que, *“la colocación de los cebos y los lazos no tenía otra finalidad que la de controlar las alimañas, lo que claramente beneficiaba a quien explotaba cinegéticamente que no era otro que el acusado”*.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares núm. 223/2012, de 27 de septiembre, la condena fue fundamentada en los siguientes elementos indiciarios: *“El Sr. Cayetano es quien regenta y explota el coto de caza y el único interesado en evitar la existencia de aves rapaces para que no compitan con los cazadores; [...] El Sr. Cayetano era el único que tenía llaves tanto de la finca como de la caseta y el único que estaba al cuidado de la misma, siendo el único que la frecuentaba; [...] El hallazgo del veneno Malation en el interior de la caseta de cazadores sin que diera explicación del motivo por el que se hallaba allí; [...] Que el veneno causante de la muerte de las aves (Malation) era precisamente el contenido, en la bolsa abierta y hallada en la caseta de cazadores, de la que únicamente él tenía la llave”* La Audiencia, en ese caso, desestimó la alegación del recurrente de que esos elementos no excluían la posibilidad de que una tercera persona pudiera haber actuado, siendo el fundamento utilizado por la Audiencia que la consideración conjunta de los indicios antes mencionados permitían la condena sin llegar en ningún momento a vulnerar el principio de la presunción de inocencia.

En sentido contrario, la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Ciudad Real, de 8 de Julio de 2005, citada en la obra de SÁNCHEZ GASCÓN²⁷, consideró que “no es posible concluir, con la certeza que el derecho penal exige, que los acusados fueran quienes elaboraron y colocaron los cebos. No se puede alcanzar tal conclusión por el hecho de que los citados cebos se encontraran en el coto de su responsabilidad, ni porque ellos resultaron beneficiados”. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares núm. 66/2002, de 3 de mayo, igualmente considera insuficientes los elementos indiciarios encontrados para ser condenatoria.

Tal y como recoge el autor citado en el párrafo anterior y adelantábamos más arriba, la jurisprudencia del Tribunal Supremo con relación a la prueba indiciaria es consolidada y ampliamente aceptada. Así, para que los indicios sean considerados como prueba válida, estos deberían cumplir los siguientes requisitos:

- a) Que los datos, los hechos, los indicios que apuntan a la persona imputada, estén plenamente acreditados, es decir, que al menos sobre éstos no exista la menor duda;
- b) Que los datos, hechos o indicios sean varios, y, si fuera uno solo, debe ser de especial importancia;
- c) Que los indicios estén relacionados entre sí y unos complementen a los otros;
- d) Que de ellos se deduzca claramente que el que ha puesto el veneno es, efectivamente, el imputado.²⁸

Más específicamente el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, en la Sentencia núm. 304/2008, de 5 junio, afirma que la prueba indiciaria no puede llevar a la condena cuando:

- a) la inferencia es excesivamente abierta, débil o indeterminada.
- b) en el razonamiento se aprecian saltos lógicos o ausencia de necesarias premisas intermedias.
- c) del razonamiento empleado se derive un amplio abanico de conclusiones alternativas.

²⁷ SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso. *Caza y ... op. cit.*,pág. 33.

²⁸ SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso. *Caza y ... Op.cit.*, pág.38.

d) se empleen en la valoración probatoria criterios contrarios a los derechos, principios o valores constitucionales.

Del estudio jurisprudencial objeto de la primera parte de este informe, constatamos que el hecho de encontrar cebos envenenados en un coto de caza o finca con otro fin distinto al cinegético, aunque sea necesario, no es elemento suficiente para la condena del sujeto imputado, puesto que es necesaria la concurrencia de otros elementos para complementar la prueba indiciaria.

Hemos encontrado como elementos indiciarios complementarios, a modo de ejemplo, los siguientes: (1) encontrar en la propiedad cajas de venenos, u otros instrumentos utilizados para producir los cebos; (2) el hecho de que el coto sea inaccesible para otras personas distinta al propietario o a los trabajadores bajo su mando; (3) declaraciones de los agentes del SEPRONA o de otros cuerpos investigadores; (4) declaraciones inculpatorias de trabajadores del coto; (5) autopsia de los animales muertos, habiendo coincidencia entre la sustancia que provocó la muerte y la presente en los cebos.

Como se ha procurado demostrar a lo largo de este argumentario jurídico, en la jurisprudencia analizada no hemos encontrado por parte de la defensa alegaciones de causas de justificación o causas de exclusión de culpabilidad. Los argumentos siempre han estado relacionados con los elementos probatorios, por violación del principio de presunción de inocencia, o ausencia de elementos indiciarios suficientes para garantizar el grado de certidumbre necesaria que se exige para una condena penal. Tampoco hemos encontrado interpretación jurisprudencial sobre la expresión “*sin estar legalmente autorizado*”, pues en ninguno de los supuestos hubo intención por parte de la defensa de descartar la aplicabilidad del delito sobre la base de la existencia de alguna autorización administrativa.

A partir de todos estos resultados, podemos afirmar que la producción de la prueba es un elemento fundamental para que se produzca la condena. En este sentido los agentes del SEPRONA, de las policías autonómicas, o los Agentes Rurales, tienen un papel fundamental a desarrollar ya que, generalmente, son los primeros en llegar a la finca donde se ha cometido el posible delito y, por lo tanto, gozan de mejores condiciones para garantizar la recolección de elementos que posteriormente puedan

ser utilizados en el proceso, para la producción de un conjunto probatorio que pueda llevar a la condena sin vulneración alguna de los derechos fundamentales del imputado.

4. CONCLUSIONES

El análisis, tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, sobre el delito del artículo 336 del Código Penal permite una serie de conclusiones que serán expuestas a continuación. Posteriormente, a partir de las mismas, formularemos algunas sugerencias que pueden tener un efecto positivo en la actuación de SEO/BirdLife, encaminada a la persecución del delito.

Del estudio realizado hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- Hay que tener en cuenta que el delito está directamente relacionado con el ejercicio privado de la caza, pues en la inmensa mayoría de los hechos analizados, fue cometido en cotos cinegéticos.
- El problema de utilización de veneno, sea como método de caza, sea como método de eliminación de depredadores, es importante considerando la afectación que produce a la biodiversidad, concretamente a la fauna. En ocasiones murieron animales de especies protegidas, lo que supone un ataque de especial importancia al bien jurídico protegido.
- En relación con la expresión “sin estar legalmente autorizado”, y partiendo de la doble interpretación que puede tener esta cláusula, la interpretación que favorece a la acusación es la de la necesidad de un acto administrativo concreto autorizando el empleo de un método de caza generalmente prohibido (accesoriedad al acto administrativo). Los métodos de caza permitidos o no, deberán ser evaluados tanto a partir de la normativa estatal como autonómica sobre la materia, siendo también autonómica la autoridad competente para conceder la eventual autorización.
- El aspecto más analizado por la jurisprudencia es el concepto de “artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna”. La existencia de normativa administrativa prohibitiva de un determinado medio de caza no es razón suficiente para que se entienda incluido ese método en la cláusula del tipo penal del artículo 336 CP. Deberá evaluarse la afectación real al bien jurídico protegido, es decir, la biodiversidad, para comprobar en el caso concreto que ha existido una producción real de riesgo para el mismo (antijuridicidad material).

- La materia discutida en las decisiones judiciales es esencialmente probatoria. No hay pronunciamiento sobre la concurrencia o no de causas de exclusión de antijuridicidad o culpabilidad, porque en ninguno de los casos analizados hubo alegación al respecto por parte de la defensa. La estrategia seguida siempre estuvo relacionada con el intento de rechazar la prueba indiciaria, alegando presunción de inocencia, por inexistencia de pruebas con suficiente peso como para considerar culpable al acusado.
- Es muy complicada la consecución de una prueba directa en este tipo, de modo que la condena va a estar mayoritariamente fundada en pruebas indiciarias. De los hechos analizados constatamos que la prueba principal normalmente es: la existencia de animales muertos en la finca, o la existencia de los cebos envenenados en la misma. Esos elementos probatorios siempre deberán verse complementados por otros, como testigos, declaraciones de los agentes rurales o medioambientales; autopsia de los animales muertos etc.

A partir de las conclusiones antes referidas y, teniendo en cuenta específicamente los objetivos de SEO/BirdLife, en el contexto del proyecto *Life+ VENENO*, exponemos a continuación varias sugerencias en aras a una más amplia efectividad en la persecución penal de la utilización del veneno como método de caza:

- Existe un alto grado de condenas por pruebas indiciarias. Considerando la importancia de la prueba indiciaria para la condena, habría que tener en cuenta siempre los requisitos de su caracterización, a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo;
- Consideramos, por ello, muy conveniente, evaluar, antes de emprender acciones judiciales, los elementos probatorios disponibles en cada caso, y su posible eficacia posterior para conseguir la condena, tomando como referencia los criterios jurisprudenciales en procesos similares.
- En aras de facilitar una mejor y más efectiva actuación judicial, es imprescindible seguir trabajando en la formación de los agentes de protección del Medio Ambiente en las Comunidades Autónomas con más índice de comisión del delito, concienciando sobre la importancia de documentar debidamente los elementos probatorios encontrados.

- Además, ya propiamente para los casos en los que ha habido condena para el acusado, una posible actuación que tendría un efecto pedagógico interesante para el objetivo de la reducción del uso del veneno sería, en casos de suspensión de la ejecución de la pena, y con base en el artículo 83.5 del CP, solicitar que se condene al sujeto a “*Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares*”. Esto es posible recientemente, no siendo una práctica habitual hoy día, con la reforma implementada por la Ley Orgánica núm. 5/2010, la cual modificó la redacción del párrafo 5º para incluir cursos de formación sobre medio ambiente o protección de los animales. Estos programas de formación podrían ser adoptados como condición para la suspensión de la ejecución de la pena, promoviendo la educación sobre la gravedad de la utilización del veneno, y sus efectos negativos para la fauna en general.

5. BIBLIOGRAFÍA

CORDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (directores). *Comentarios al Código Penal: Parte Especial. Tomo I*. Madrid: Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y sociales, 2004.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Delito ecológico: estructura y aplicación judicial*. Barcelona: Praxis, 1998.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *El Régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio: especial referencia a la responsabilidad del funcionario concedente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

HAVA GARCÍA, Esther. *La Tutela Penal de los animales*. Ed. Tirant Lo Blanch, Colección Los Delitos. Valencia, 2009. HAVA GARCÍA, Esther. *Protección jurídica de la fauna y flora en España*. Madrid: Trotta, cop. 2000.

MARQUÉS I BANQUÉ, Maria. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director); MORALES PRATS, Fermín (coordinador); TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. [et al.]. *Comentarios al Código penal español*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2008.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. *Derecho Penal Ambiental*. Madrid: Exlibris ediciones, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Manual de derecho penal medioambiental*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Cizur Menor, 2002.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

REQUEJO CONDE, Carmen. *La Protección penal de la fauna: especial consideración del delito de maltrato a los animales*. Granada: Comares, 2010.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (director) [et al.]. *Código penal: concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*. 4ª ed. Madrid: La Ley, 2011.

SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso. *Caza y veneno*. Ed. Exlibris Ediciones. Madrid, 2010.

SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso. *La prohibición de emplear el veneno como método de caza aparece en la Ley de Caza de 1971. En Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública, ISSN 1136-4645, N° 32, 2005, págs. 65-70.*

URRAZA ABAD, Jesús. *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: La Ley, 2001.