



Roj: **STS 2626/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2626**

Id Cendoj: **28079129912022100017**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **22/06/2022**

Nº de Recurso: **1482/2021**

Nº de Resolución: **612/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CC 284/2021,**
STS 2626/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 612/2022

Fecha de sentencia: 22/06/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1482/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/05/2022

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1482/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 612/2022

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.ª Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet
D.ª Susana Polo García
D.ª Carmen Lamela Díaz
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
D. Ángel Luis Hurtado Adrián
D. Leopoldo Puente Segura
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 22 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación de los acusados D. Salvador y D. Salvadora , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, de fecha 23 de febrero de 2021, que desestimó el recurso de apelación formulado por indicados acusados contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Cáceres, de fecha 30 de octubre de 2020, que les condeno por delito contra la fauna, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por el Procurador D. Pablo Gutiérrez Fernández y bajo la dirección Letrada de D. Vicente Vega Martín y la Acusación Particular D. Juan Miguel representado por la Procuradora Dña. Mª Dolores Mariño Gutiérrez y bajo la dirección Letrada de D. Francisco R. Jiménez del Amo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Valencia de Alcántara incoó Procedimiento Abreviado con el nº 29/2019 contra Salvador y Salvadora , y, una vez concluso, lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 1 de Cáceres, que con fecha 30 de octubre de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Probado y así se declara expresamente que, entre las 12:00 y las 14:00 horas, del día 1 de Noviembre de 2018, los acusados, Salvador y Salvadora , cuyas demás circunstancias ya constan y, a la sazón, padre e hijo, se encontraban practicando la caza, provistos de escopetas y acompañados de perros, en la finca denominada " DIRECCION000 ", sita en los términos municipales de Cedillo y Herrera de Alcántara, inscrita como "coto privado de caza mayor", con matrícula NUM000 , cuyos derechos de explotación cinegética corresponden a la entidad " DIRECCION001 , CB.", cuyo administrador es Juan Miguel , sin autorización de la titular de ese derecho sobre la caza. Asimismo se declara acreditado que, como quiera que después de que el titular del coto diese aviso a la Guardia Civil, se produjese un encuentro entre éste y los acusados en el lugar en que estos **últimos habían dejado estacionado su coche**, en el **fragor** de la discusión acerca de si se había producido o no el acto de caza inconstituido, el acusado Salvadora se dirigió al primero indicándole que le parecería si le pusiese una patrulla todas las mañanas en la puerta de su casa".

SEGUNDO.- El citado Juzgado dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debo CONDENAR Y CONDENO a Salvador y a Salvadora como autores criminalmente responsables de un DELITO CONTRA LA FAUNA, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES DE MULTA, CON UNA CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS Y CON LA CORRESPONDIENTE RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA PARA EL CASO DE IMPAGO DE UN DÍA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD POR CADA DOS CUOTAS DIARIAS NO SATISFECHAS, e INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO A CAZAR POR TÉRMINO DE DOS AÑOS; así como al pago de las costas procesales.



Abónese las medidas cautelares acordadas para el cumplimiento de la pena y dense a los efectos del delito, en caso de haberlos, el destino legal. Firme que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma de la Dirección General de Medio Ambiente de la Junta de Extremadura a los efectos que legalmente procedan respecto a la inhabilitación especial para el derecho a cazar. Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en ambos efectos en este Juzgado para ante la Sección Segunda de la Iltma. Audiencia Provincial de Cáceres, en el plazo de diez días siguientes a su notificación".

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por indicados acusados ante la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, que con fecha 23 de febrero de 2021 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"LA SALA DIJO: que DESESTIMABA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Salvador y de Salvadora contra la Sentencia nº 135/2020 dictada el pasado día 30/10/2020 en el Juzgado Penal nº 1 de Cáceres CONFIRMÁNDOLA en toda su integridad y ello, con imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a los recurrentes cuyas pretensiones se desestiman en su totalidad. Conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de la Instrucción 1/2011 del C.G.P.J., practíquense las notificaciones que puedan realizarse a través del sistema de gestión de notificaciones telemáticas Lexnet, e imprímense las copias necesarias para el resto de las partes cuyos datos se encuentren debidamente registrados en el sistema de gestión procesal, a las que se unirán las cédulas de notificación que genere automáticamente el sistema informático, y remítanse al Servicio Común que corresponda para su notificación. Devuélvanse los autos al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento con certificación literal de esta resolución para la práctica del resto de las notificaciones legalmente previstas, seguimiento de todas las realizadas, cumplimiento y ejecución de lo acordado. Se informa de que contra esta sentencia no cabe ulterior recurso, salvo el de casación en los supuestos previstos en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (siempre que el procedimiento se haya incoado a partir del 6 de diciembre de 2.015), a salvo lo establecido respecto de la revisión de sentencias firmes o para la impugnación de sentencias firmes dictadas en ausencia del acusado, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar Aclaración respecto de algún concepto que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución (art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial); o para corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, en este caso sin sujeción a plazo alguno (art. 267.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Si se hubieran omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución. Así mismo, podrá instar la parte, si a su derecho conviniere y hubiere motivo para ello, que se declare la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de esta sentencia, conforme a lo dispuesto en el art. 241 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, según modificación operada por Ley Orgánica 6/2.007, de 24 de mayo, derecho a ejercitar en el plazo de veinte días contados desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de la indefensión, sin que, en este **último** caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación de los acusados D. Salvador y D. Salvadora , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de los acusados D. Salvador y D. Salvadora , lo basó en el siguiente motivo de casación:

Motivo único.- Infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 852 del mismo cuerpo legal, por aplicación indebida del artículo 335.2 del Código Penal, denunciado esta representación procesal el error de derecho en el juicio de subsunción al haberse condenado a nuestros patrocinados como autores de un delito previsto y penado en el artículo 335.2 CP.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular D. Juan Miguel , que se opuso al mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.



SEXTO.- De conformidad con el art. 197 L.O.P.J. se convocó Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la deliberación y fallo del recurso el día 31 de mayo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación de Salvador y Salvadora contra sentencia nº 51/2021 de fecha 23 de febrero de 2021 dictada por la Ittma. Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2ª) por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia nº 135/2020 dictada en fecha 30 de octubre de 2020 por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Cáceres, confirmándola en toda su extensión.

SEGUNDO.- 1.- Infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 852 del mismo cuerpo legal, por aplicación indebida del artículo 335.2 del Código Penal.

Se denuncia por el recurrente el error de derecho en el juicio de subsunción al haberse condenado los recurrentes como autores de un delito previsto y penado en el artículo 335.2 CP.

Al plantearse el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Pues bien, son hechos probados los siguientes:

"HECHOS PROBADOS: Probado y así se declara expresamente que, entre las 12:00 y las 14:00 horas, del día 1 de Noviembre de 2018, los acusados, Salvador y Salvadora , cuyas demás circunstancias ya constan y, a la sazón, padre e hijo, se encontraban practicando la caza, provistos de escopetas y acompañados de perros, en la finca denominada "Majada Alta", sita en los términos municipales de Cedillo y Herrera de Alcántara, inscrita como "coto privado de caza mayor", con matrícula NUM000 , cuyos derechos de explotación cinegética corresponden a la entidad " DIRECCION001 , CB.", cuyo administrador es Juan Miguel , sin autorización de la titular de ese derecho sobre la caza.

Asimismo, se declara acreditado que, como quiera que después de que el titular del coto diese aviso a la Guardia Civil, se produjese un encuentro entre éste y los acusados en el lugar en que estos **últimos habían dejado estacionado** su **coche**, en el **fragor** de la discusión acerca de si se había producido o no el acto de caza in consentido, el acusado Salvadora se dirigió al primero indicándole que le parecería si le pusiese una patrulla todas las mañanas en la puerta de su casa."

Con ello, son elementos básicos los siguientes:

- 1.- Los acusados se encontraban practicando la caza, provistos de escopetas y acompañados de perros, en la finca denominada "Majada Alta", sita en los términos municipales de Cedillo y Herrera de Alcántara.
- 2.- La finca donde lo hacen está inscrita como "coto privado de caza mayor", con matrícula NUM000 , cuyos derechos de explotación cinegética corresponden a la entidad " DIRECCION001 , CB.", cuyo administrador es Juan Miguel , sin autorización de la titular de ese derecho sobre la caza.

Tras la celebración del juicio se dicta sentencia por la que se condena a los ahora recurrentes como autores criminalmente responsables de un delito contra la fauna, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de multa, con una cuota diaria de seis euros y con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, e inhabilitación especial para el derecho a cazar por término de dos años.

La sentencia de la AP de Cáceres 51/2021, de 23 de Febrero confirmó la sentencia del juzgado de lo penal manteniendo la condena.



El tipo penal por el que han sido condenados es el art. 335.2 CP, a cuyo tenor:

"2. El que cace o pesque o realice actividades de marisqueo relevantes sobre especies distintas de las indicadas en el artículo anterior en *terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial*, sin el debido permiso de su titular o sometidos a concesión o autorización marisquera o acuícola sin el debido título administrativo habilitante, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar, pescar o realizar actividades de marisqueo por tiempo de uno a tres años, además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo".

En este caso, la tipicidad se centra cazar en terrenos privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular.

Pues bien, la sentencia recurrida, que es la de la AP de Cáceres señaló a estos efectos, sobre el motivo alegado de no subsunción de los hechos probados en el tipo penal que:

"En lo que respecta a la caza, ello significa que nos encontramos ante una norma penal en blanco que requiere para su interpretación acudir a otras disposiciones, en este caso de carácter administrativo y ellas reguladoras de la caza y en particular -y como la propia parte menciona en su escrito de recurso- a lo recogido en la actual Ley 14/2010 de 9 de diciembre de Caza de Extremadura, en la cual y específicamente se regula la clasificación, señalización y registro de los terrenos, distinguiendo entre "terrenos cinegéticos y terrenos no cinegéticos".

La citada ley no refiere literalmente de terrenos sometidos a régimen cinegético especial, terminología que sí aparece en el citado artículo del código penal, pero se entiende que la normativa autonómica en esta última ley, lo que ha hecho ha sido modificar la denominación que la anterior ley, esto es la Ley 8/1990 de 21 de diciembre, recogía y distinguiendo entre terrenos de aprovechamiento cinegético común y terrenos sometidos a régimen cinegético especial, si bien ahora y perfectamente se puede comprobar que la normativa actual y antes indicada en su art. 16 y de acuerdo con su art. 8, incluye dentro de los terrenos cinegéticos los clasificados como "terrenos cinegéticos bajo gestión pública", entre los que se incluyen a las reservas de caza y los cotos regionales de caza; los "cotos de caza" entre los incluye a los cotos sociales, cotos privados y refugios para la caza y también, otra clasificación de "Zonas de caza limitada". Y precisamente en la anterior regulación, se consideraban terrenos "sometidos a régimen cinegético especial (entre otros) a los cotos regionales, deportivos y a los cotos privados, terrenos que actualmente y como antes hemos visto en la legislación actual se vienen a denominar simplemente como "terrenos cinegéticos".

Es decir, y es evidente que la Ley de caza vigente en Extremadura de 14/2010 de 9 de diciembre sí regula la caza en ese tipo de terrenos, los cuales se sitúan bajo la gestión pública y correspondiendo a la consejería con competencias en la materia (y que en el caso de Extremadura, es la Consejería de Medio Ambiente y Rural, Políticas Agrarias y Territorio) la gestión de su aprovechamiento, contemplándose expresamente en su art. 22 a "los cotos privados de caza "definidos como "los promovidos por los propietarios de los terrenos o los titulares de derechos reales o personales que comprenden el uso y disfrute del aprovechamiento de la caza en ellos", a la vez que se indica que la autorización corresponderá a la Consejería con competencias en esa cuestión, a petición de los indicados propietarios o titulares.

Y ante ello, es obvio que el coto privado de caza e instalado en la finca " DIRECCION000 " del denunciante ostenta esa categoría, pues la documental aportada por el citado (acreditando su actuación como representante legítimo del citado coto) y la descripción que hace la Guardia civil actuante en el atestado origen de estas actuaciones, nos confirma que él mismo posee "los derechos de explotación denominado finca" DIRECCION000 ", matrícula NUM000 con régimen cinegético de COTO PRIVADO DE CAZA y con una superficie de más de 500 hectáreas "sito en los términos municipales de Cedillo y de Herrera de Alcántara", si ostenta legítimamente esa categoría y ocupando por tanto terrenos cinegéticos, lo cual lo hace perfectamente encuadrable o comprensible dentro de la terminología expresa del código penal. Y ante ello y resultando que los ahora apelantes en ningún momento contaron con la autorización o permiso del titular del coto privado (ni tampoco de los arrendadores del aprovechamiento cinegético de caza menor) y que es jurisprudencia reiterada y conocida la que al respecto también nos viene a decir que en este tipo delictivo, "el bien jurídico protegido no es tanto el medio ambiente como los intereses patrimoniales de los titulares de los cotos ...", se ha de entender que no ha existido infracción alguna del citado precepto y consiguientemente ese motivo de apelación tampoco puede ser acogido."

Pues bien, sobre este tema se ha pronunciado ya esta Sala en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 570/2020 de 3 Nov. 2020, Rec. 5146/2019, aunque referido al art. 335.1 CP, señalando que:



"Estamos, por tanto, en presencia de un precepto -el art. 335 del CP- que responde a la técnica de la ley penal en blanco. Se trata de una norma en la que el mandato imperativo que incorpora es perfectamente asimilable por sus destinatarios, pero que exige el complemento normativo de leyes o preceptos reglamentarios que fijen su alcance. La discusión acerca de los límites de la constitucionalidad de las leyes penales en blanco forma parte ya de una tradición en la dogmática. Su constitucionalidad ha sido objeto de debate y ha merecido la atención de la jurisprudencia constitucional, exigiendo para su validez: a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c), sea satisfecha la exigencia de certeza o, lo que en expresión constitucional ya normalizada es lo mismo: que "la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada" (cfr. SSTC 101/2012, 8 de mayo; 283/2006, de 9 de octubre, FFJJ 5 y 8; 127/1990, de 5 de julio, FJ 3, entre otras muchas).

Así, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, la Sala estima que la vigente redacción del art. 335 del CP, a partir de la reforma operada por la LO 15/2003, 25 de noviembre, contiene un mandato compatible con las exigencias del principio de taxatividad. Y su aplicación, filtrada por los principios que legitiman el recurso al derecho penal, da respuesta a la necesidad de tutelar un bien jurídico de relevante valor axiológico.

...Pese a la literalidad del art. 335 del CP, la Sala entiende que no todo incumplimiento de una prohibición administrativa de caza puede ser calificado como delito. Este precepto no puede ser degradado a la condición de delito puramente formal de desobediencia a la normativa administrativa. Lo prohíbe el principio de intervención mínima, esto es, la necesidad de reservar la respuesta penal para aquellas conductas socialmente más desvaloradas. Pero la claridad de esta idea, que define un punto de partida infranqueable, no impide reconocer que en el abanico de prohibiciones coexisten, junto a incumplimientos formales, insuficientes por sí solos para colmar la antijuridicidad material, otras infracciones que van mucho más allá de una simple vulneración formal. Entre estas últimas debemos incluir la caza de especies no protegidas en tiempo de veda.

...Para que una infracción de esta naturaleza sea susceptible de respuesta penal será indispensable exigir un plus de ofensividad, un mayor desvalor material del resultado. Sólo las conductas que vulneren o pongan en peligro el bien jurídico biodiversidad, son merecedoras de sanción penal."

Así, el bien jurídico protegido no puede ser de forma exclusiva la protección de un coto privado de caza, porque con ello se privatizaría la causa de la sanción del delito, sino que la protección se enraíza en el control público de la caza, no el derecho exclusivo del coto privado, lo que nos llevaría a una consideración privatizadora de la protección ante el delito en cuestión.

Se trata de controlar el ejercicio de la caza regulada en determinados espacios cerrados, pero en una noción dirigida a proteger el equilibrio de los espacios naturales y la exclusión de actividades de caza en claros ataques a la biodiversidad. Se castiga, así, la irrupción ilegítima en terrenos cinegéticos con título de propiedad identificado; es decir, la caza incontrolada en espacios tutelados, asegurando el equilibrio de la caza, más que la propia exclusividad del titular del coto.

Así, el bien jurídico protegido es más amplio y no se puede reducir a una *iusprivatización* del coto exclusivo. El alcance de protección es más colectivo que privado. Lo que se tutela es el equilibrio de los espacios naturales, aun con el elemento de la consideración de coto privado de caza, siendo la titularidad identificada del terreno, o coto de protección cinegética elemento del tipo.

Señala el recurrente que el tipo penal exige como elementos objetivos que el hecho se produzca en un lugar sometido a régimen cinegético especial, además de que deba contarse para la caza con el debido permiso del titular del terreno.

Hay que señalar que el delito se comete por cazar en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular. Con ello, si existiera el permiso no habría tipicidad, pero no es el caso, ya que el permiso no consta por ningún lado, y de haber existido debería el recurrente haberlo aportado, lo que se colige que no es así ante la negativa del denunciante a admitir que se le dio autorización alguna. Y el que afirma que existe el permiso debe acreditarlo, no quien lo niega.

Señala que no se llegó a cazar ninguna pieza y eso hace atípica la conducta, pero lo que consta en los hechos probados en un motivo ex art. 849.1 LECRIM es que *entre las 12:00 y las 14:00 horas, del día 1 de Noviembre de 2018, los acusados, Salvador y Salvadora, cuyas demás circunstancias ya constan y, a la sazón, padre e hijo, se encontraban practicando la caza, provistos de escopetas y acompañados de perros, en la finca denominada " DIRECCION000 ", sita en los términos municipales de Cedillo y Herrera de Alcántara, inscrita como "coto privado*



de caza mayor", con matrícula NUM000 , cuyos derechos de explotación cinegética corresponden a la entidad " DIRECCION001 , CB."

Es decir, lo que se sanciona es la actividad, no la consecución de piezas de caza. La consumación del delito no exige que se llegue a cazar, sino que "se lleve a cabo la actividad", y ello se refiere a la actividad que desplegaban los recurrentes que consta en los hechos probados y que no puede ser más elocuente, por cuanto:

A.- Se encontraban practicando caza.

B.- Provistos de escopetas.

C.- Acompañados de perros.

D.- En la finca denominada " DIRECCION000 ", sita en los términos municipales de Cedillo y Herrera de Alcántara, inscrita como "coto privado de caza mayor", con matrícula NUM000 , cuyos derechos de explotación cinegética corresponden a la entidad " DIRECCION001 , CB.

Por ello, la ofensividad ya se produce con el ejercicio de la actividad de caza en terreno privado ajeno, sin que exista autorización alguna para ello por el titular, pero el objeto del terreno debe referirse a que esté "sometido a régimen cinegético especial".

La doctrina que trata y analizar el contenido de los arts. 334, 335 y 336 CP apunta que, desde el principio de la exposición, precisamente por el carácter de normas en blanco de estos delitos, debemos insistir en la necesidad de conocer la normativa administrativa integradora. Ahora bien, señala que como normas penales en blanco que son, las diferentes modalidades delictivas que se agrupan bajo la categoría de delitos de caza dependen de modo fundamental de normas dictadas por Comunidades Autónomas, con potestades para dictar leyes y reglamentos protectores.

Hay que recordar, por ello, que el Artículo 2 de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de caza de Extremadura se refiere a la acción de cazar señalando que:

Se considera acción de cazar la ejercida mediante el uso de armas, animales, artes y otros medios para buscar, atraer, perseguir, capturar o acosar a los animales definidos por esta Ley como piezas de caza, con el fin de darles muerte, atraparlos, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por un tercero, así como la ejecución de los actos preparatorios que resulten necesarios a tal fin.

La acción descrita en los hechos probados reúne los requisitos para entender que se estaba llevando a cabo la acción de cazar. Se trata de un delito de mera actividad y de peligro concreto, que no precisa que realmente se produzca ningún resultado determinado por la captura de algún animal.

Y la doctrina señala a este respecto que para que el delito de caza se consuma no es necesario haber cobrado o aprehendido efectivamente alguna pieza de caza, ya que esto es eventual y aleatorio. Lo realmente determinante para la apreciación de este delito es que haya existido una conducta dirigida a la captura.

Recordemos que en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 562/2020 de 30 Oct. 2020, Rec. 2689/2019 se trató la cuestión relativa al alcance del tipo del art. 336 CP, y en este sí que se puso el acento en que *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. Siendo el tipo penal 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.*

Pero en este tipo penal del art. 335.2 CP lo que se trata de proteger es tanto el ejercicio de la caza en terrenos públicos o privados ajenos como aquellos que tienen la consideración de que estén sometidos a régimen cinegético especial, aunque también la doctrina apunta que en los delitos de caza, el contenido del injusto radica en el peligro que la fauna pueda sufrir a consecuencia de la actividad de caza, circunstancia que es cierto en situaciones probadas del aprovechamiento que utilizan los recurrentes de acudir en las condiciones instrumentales que señalan los hechos probados en un terreno cinegético de titularidad privada reconocida por la Administración de Extremadura. La ofensividad y el ataque a cualquier exigencia de control que el terreno donde acudieron exigía respetar conlleva el reproche penal que han tenido y que desborda las infracciones administrativas contempladas en los arts. 86 y 87 de la Ley 14/2010.

La cuestión es si la normativa del lugar desglosa el terreno fijando los que se categorizan como de "régimen cinegético especial", ya que en este caso no es así, sino que el legislador quiere dar especial protección a



los terrenos que entren en la categoría básica de "cinegético" frente a los que no lo son, pero sin abrir otras subcategorías en los "cinegéticos", ya que estos ya tienen la protección especial propia que le confiere tanto la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de caza de Extremadura como el DECRETO 89/2013, de 28 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los terrenos cinegéticos y su gestión y se modifica el Decreto 91/2012, de 25 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la gestión cinegética y el ejercicio de la caza.

Y, así, el propio art. 5 de la Ley 14/2010 señala que *1. El aprovechamiento cinegético, en la forma establecida en esta Ley y en sus disposiciones complementarias, corresponde a los propietarios de los terrenos cinegéticos o a los titulares de otros derechos reales y personales que comprendan el uso y disfrute del aprovechamiento de la caza, con lo que se protege tanto a los titulares de los terrenos cinegéticos para no ser perturbados como al propio aprovechamiento cinegético como tal considerado.*

Pues bien, para llevar a cabo el juicio de tipicidad es preciso destacar que La Ley 14/2010, de 9 de diciembre de Caza de Extremadura que es la que regula el régimen de la caza en Extremadura en su disposición final cuarta habilita al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura para dictar las disposiciones necesarias para su desarrollo. y es lo que se hizo con el decreto 89/2013, de 28 de mayo, por el que se aprueba el reglamento por el que se regulan los terrenos cinegéticos y su gestión.

Pues bien, señala el art. 4 del mismo que "A efectos cinegéticos los terrenos de la Comunidad Autónoma de Extremadura se clasifican de la siguiente manera:

- a) terrenos no cinegéticos y
- b) terrenos cinegéticos".

Con ello, un primer apunte es que la normativa administrativa de caza en estos términos no habilita un terreno como especial en el ámbito cinegético.

La doctrina especializada en esta materia señala que "La caza es todo lo que se hace antes y después de la muerte del animal", con lo que no es preciso que se consiga cazar, ya que la actividad de caza es también la descrita en los hechos probados con la ejecución de actividad en terreno privado sin autorización del titular del terreno que es " *coto privado de caza mayor, con matrícula NUM000, cuyos derechos de explotación cinegética corresponden a la entidad " DIRECCION001, CB.*"

Con ello, el terreno donde se acudió a cazar es privado, coto privado de caza mayor y explotación cinegética.

Pues bien, el art. 8 del antes citado Decreto señala en los terrenos cinegéticos los distintos terrenos que existen y que son:

"1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Caza los terrenos cinegéticos se clasifican en tres grandes grupos que a su vez se dividen en cinco clases. Cada una de ellas a su vez puede dividirse en varios tipos y subtipos atendiendo a su diferente aprovechamiento o régimen de gestión.

2. La clasificación completa de los terrenos cinegéticos de Extremadura es la que sigue;

GRUPO I. TERRENOS CINEGÉTICOS BAJO GESTIÓN PÚBLICA.

CLASE 1.ª Reservas de caza.

CLASE 2.ª Cotos regionales de caza.

GRUPO II. COTOS DE CAZA.

CLASE 1.ª Cotos Sociales.

CLASE 2.ª Cotos Privados de Caza.

TIPO 1. Coto Privado de Caza Mayor.

SUBTIPO 1.1. Coto Privado de Caza Mayor Abierto.

SUBTIPO 1.2. Coto Privado de Caza Mayor Abierto más Intensivo de menor.

SUBTIPO 1.3. Coto Privado de Caza Mayor Cerrado.

SUBTIPO 1.4. Coto Privado de Caza Mayor Cerrado más Intensivo de menor.

TIPO 2. Coto Privado de Caza Menor.

SUBTIPO 2.1. Coto Privado de Caza Menor Extensivo.

SUBTIPO 2.2. Coto Privado de Caza Menor más Jabalí.

SUBTIPO 2.3. Coto Privado de Caza Menor Intensivo.

CLASE 3.ª Refugios para la Caza.

TIPO 1. Refugios para la Caza.

TIPO 2. Refugios para la Caza Declarados de Oficio.

GRUPO III. ZONAS DE CAZA LIMITADA.

Se hace constar en la sentencia de la AP de Cáceres, y es extremo que no puede ser rebatido en casación por ser materia de prueba que queda vetada en la sede de este recurso de casación ex art. 847.1 b) LECRIM, que "el coto privado de caza e instalado en la finca " DIRECCION000 " del denunciante ostenta esa categoría, pues la documental aportada por el citado (acreditando su actuación como representante legítimo del citado coto) y la descripción que hace la Guardia civil actuante en el atestado origen de estas actuaciones, nos confirma que él mismo posee "los derechos de explotación denominado finca" DIRECCION000 ", matrícula NUM000 con régimen cinegético de COTO PRIVADO DE CAZA y con una superficie de más de 500 hectáreas "sito en los términos municipales de Cedillo y de Herrera de Alcántara", si ostenta legítimamente esa categoría y ocupando por tanto terrenos cinegéticos, lo cual lo hace perfectamente encuadrable o comprensible dentro de la terminología expresa del código penal", y todo ello al referirse a terreno cinegético, y teniendo en cuenta que en Extremadura a estos efectos los terrenos son o cinegéticos o no cinegéticos, por lo que no cabe la vía de que sea especial, sino que en Extremadura se tiende a proteger los terrenos y regular la caza en la distinción de dos tipos de terreno en este ámbito de la caza, o cinegético o no cinegético.

El terreno donde se interviene a los recurrentes con todo el material e instrumental de caza y en esa actividad específica, que no exige que hubieran matado "todavía" a un animal es cinegético y coto privado de caza, encontrándose realizando esa actividad sin ser autorizada por el titular del terreno, ya que de contar con esa autorización no sería típico el hecho. Se regulan estos terrenos en los arts. 69 y ss del citado Decreto, y sin exigirse una referencia a que el terreno lo sea cinegético especial, ya que no existe esa mención en la legislación sobre caza en Extremadura, ni existe una superior o especial protección de terrenos cinegéticos de unos sobre otros.

Y, además, el propio Decreto señala en su Exposición de motivos que:

"Es un objetivo esencial de la Ley de Caza simplificar la clasificación de los terrenos cinegéticos y es el objetivo básico de este Reglamento regular los distintos grupos de terrenos, diferenciando los terrenos cinegéticos y no cinegéticos, clasificando los primeros en tres grupos:

Terrenos bajo gestión pública, cotos de caza y zonas de caza limitada. Dentro de estos grupos se regularán a su vez las distintas clases, tipos y subtipos de terrenos cinegéticos, con especial atención a su gestión y planificación."

La catalogación de terrenos cinegéticos es la que es en la normativa de Extremadura, por lo que la norma a la que se remite el art. 335.2 CP es la que se cita en la Sentencia de la AP de Cáceres y la antes referida del Decreto 89/2013, de 28 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los terrenos cinegéticos y su gestión y se modifica el Decreto 91/2012, de 25 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la gestión cinegética y el ejercicio de la caza.

De esta manera, al estar, como estamos, en la vía del art. 849.1 LECRIM por la vía del art- 847.1, b) LECRIM el respecto de los hechos probados nos lleva a integrar que los recurrentes:

1.- Estaban en actividad de caza.

2.- Estaban en una zona cinegética prevista en la normativa de Extremadura de especial protección, porque se incluía en terreno de coto privado de caza que es zona cinegética, y esta protección específica le otorga, también, el tratamiento de especial que no se le da a las zona no cinegéticas, ya que a tenor del art.7 del Decreto regulador se contempla que: "En los terrenos no cinegéticos el ejercicio de la caza está permanentemente prohibido".

Hay que señalar que pese a que el recurrente señala que las conductas de los arts. 86 y 87 de la Ley 14/2010 de caza antes citada son más graves que la que consta en los hechos probados no es así, ya que la mayor "ofensividad" de la conducta se describe en los hechos probados en cuanto a la acción de cazar en terreno cinegético en zona de régimen cinegético de COTO PRIVADO DE CAZA sin autorización alguna de su titular. Con ello, se trata de una de las categorías que fija la normativa de Extremadura que las incluye en zona de régimen cinegético con una protección especial que esta normativa la cualifica y separa frente a los otros terrenos que son no cinegéticos.



Pero donde tiene encaje la conducta descrita en los hechos probados es en el art. 335.2 CP, y no en los arts. 86 y 87 de la Ley 14/2010 como se evidencia en las conductas que se describen.

Ahora bien, la clave de su tipicidad penal es que la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza señala en el art. 8 que:

" 1. A los efectos de esta Ley los terrenos podrán ser de aprovechamiento cinegético común o estar sometidos a régimen especial.

2. Son terrenos sometidos a régimen especial los Parques Nacionales, los Refugios de Caza, las Reservas Nacionales de Caza, las Zonas de Seguridad, los Cotos de caza, los Cercados y los adscritos al Régimen de Caza Controlada.

Y el Artículo 15 que lleva como rúbrica Cotos de caza señala que:

1. Se denomina coto de caza toda superficie continua de terrenos susceptible de aprovechamiento cinegético que haya sido declarada y reconocida como tal, mediante resolución del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales.

2. A los efectos previstos en el número anterior, no se considerará interrumpida la continuidad de los terrenos susceptibles de constituirse en acotados por la existencia de ríos, arroyos, vías o caminos de uso público, ferrocarriles, canales o cualquier otra construcción de características semejantes.

3. Los cotos de caza podrán ser privados o locales, y, en su caso, tener la condición que se especifica en el artículo 18 de la presente Ley.

4. La declaración de coto de caza se efectuará a petición de los titulares o patrocinadores interesados.

Y en el Artículo 16. Cotos privados de caza.

1. Los propietarios o titulares a que se refiere el artículo 6 de esta Ley, podrán constituir cotos privados de caza con arreglo a lo establecido en el presente artículo.

Con ello, la propia cita de los hechos probados ya expuesta nos lleva a la consideración de la calificación del terreno, en base a lo expuesto, como de aprovechamiento cinegético especial que conlleva que la conducta sea típica en el art. 335.2 CP objeto de condena.

Los recurrentes se fueron a cazar en terreno cinegético, que era coto privado de caza mayor, considerado cinegético de protección especial, pero sin autorización alguna de su titular.

Quisieron aprovecharse de la zona para cazar sin derecho, permiso o autorización alguna.

Quisieron hacerlo en zona cinegética en coto privado de caza. Existió un "aprovechamiento" del "aprovechamiento cinegético" que compete en exclusiva al titular del coto, permitiendo el ordenamiento jurídico otorgar a los titulares de estos terrenos de una especial protección ante situaciones como la descrita en los hechos probados, -aunque hemos referido que el bien jurídico protegido es más colectivo que privado, como es la biodiversidad y protección de las especies-, y al entrar los recurrentes con todo el instrumental para cazar, incluidos perros y armas, y desoír la expresa prohibición que sabían que tenían, porque eran cazadores a iban a cazar. Pero se aprovecharon del terreno calificado de una de las maneras que la normativa de la Ley de caza y la de Extremadura otorga a los terrenos protegidos frente a terceros que pretendan cazar "con aprovechamiento" del terreno y de su titular que tiene capacidad exclusiva y excluyente sobre el mismo.

Queda clara la ofensividad y que la actuación excedió de la mera infracción administrativa y entrando de lleno en el reproche penal que fijó tanto el juez de lo penal como la Audiencia Provincial.

Añadir, por **último**, que en la diferenciación entre infracción administrativa y penal, en cualquier caso., en la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de caza de Extremadura se recoge en el Artículo 77 bajo la rúbrica de *Prejudicialidad penal* que : 1. En el supuesto de que alguno de los comportamientos tipificados como infracción en esta ley también pudiera ser constitutivo de delito o falta, el órgano que estuviese conociendo del asunto lo pondrá en conocimiento del órgano judicial competente, absteniéndose de continuar el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se pronuncie. 2. Concluido el proceso penal con sentencia condenatoria por los mismos hechos y sobre la base del mismo fundamento, el procedimiento administrativo será archivado sin declaración de responsabilidad. 3. Si la sentencia fuere absolutoria o el proceso penal concluyere con otra resolución que ponga fin al proceso sin declaración de responsabilidad, y no estuviere fundada en la inexistencia del hecho o en la inimputabilidad de la conducta enjuiciada al inculpado administrativamente, el órgano administrativo competente reanudará el procedimiento administrativo suspendido y dictará la resolución que corresponda en Derecho tomando como base los hechos declarados probados por los Tribunales.



Con lo cual, en aquellos casos en los que la infracción administrativa reúna los elementos del tipo penal concurrente que en este caso lo es el art. 335.2 CP se refiere la remisión al juzgado de instrucción competente, otorgando bases para proseguir con la vía administrativa sancionadora si hay archivo o absolución en la derivación a la vía penal.

Con ello, se deslinda la vía administrativa en los casos en los que la conducta descrita en los hechos que determinan la infracción está incluida en uno de los supuestos de los arts. 86 para las infracciones graves y 87 para las muy graves, en la idea de que si cualquiera de las relatadas en ambos preceptos reúnen, ADEMÁS, los elementos del tipo penal se actuará conforme a lo previsto en la prejudicialidad penal antes referida. Y es que se trata de múltiples conductas que suponen meras infracciones administrativas, pero que si van revestidas de todo el arsenal de elementos del tipo del art. 335.2 CP constituirían un delito por el que en este caso se condena, y es lo que ocurre en el caso analizado. Por ello, el legislador ha optado por crear tipos penales en estos casos en una clara intención de protección de la biodiversidad y los intereses colectivos, más que los privados del coto de caza, fijando una serie de elementos que si concurren dan lugar a la tipicidad, y si no es así, y existe carencia de alguno de ellos, podría dar lugar a la mera infracción administrativa si concurren los elementos de la correspondiente infracción en cada caso según la normativa de caza autonómica o nacional.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de los acusados Salvador y Salvadora contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, de fecha 23 de febrero de 2021, que desestimó el recurso de apelación formulado por indicados acusados contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Cáceres, de fecha 30 de octubre de 2020, que les condeno por delito contra la fauna. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes 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 Ángel Luis Hurtado Adrián Leopoldo Puente Segura

Javier Hernández García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 22/06/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número: 1482/2021

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON PABLO LLARENA CONDE AL QUE SE ADHIEREN LOS EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS D. EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA y D. JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 1482/2021.



PRIMERO.- Con el mayor respeto a los miembros del Tribunal que han dado su respaldo a la sentencia mayoritaria, debo expresar mi disconformidad con algunos criterios sobre el tipo penal de aplicación, además de con la decisión de condena a la que conducen los argumentos en este caso.

Coincido con su opinión de que los cotos privados de caza se integran en el concepto de " *terreno sometido a régimen cinegético especial*" contemplado en el art. 335.2 del Código Penal, aunque no por la normativa cinegética de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sino por lo dispuesto en nuestra legislación nacional. En primer lugar, porque para definir el contenido del delito previsto en el art. 335.2 del Código Penal no podemos remitirnos a lo dispuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, en su Decreto 89/2013, de 28 de mayo, sin desatender el principio de legalidad en materia de Derecho Penal. En segundo término, porque considerar que cualquier terreno cinegético de los contemplados en el art. 4 del Decreto extremeño satisface la exigencia típica de terreno cinegético especial sólo por oposición a la denominación extremeña de terrenos no cinegéticos, es desatender la especialidad exigida por el legislador nacional. Si en su primer escalón la norma autonómica clasifica los terrenos en cinegéticos y no cinegéticos, catalogando después los terrenos cinegéticos conforme a diferentes criterios, es evidente que los terrenos cinegéticos especiales habrían de contar con alguna singularidad que no resulta predicable de todos los terrenos cinegéticos en general y que la sentencia no define.

Así pues, el concepto penal debe evaluarse a partir de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, cuyo artículo 8 clasifica los terrenos de caza entre los de aprovechamiento cinegético común o los que están sometidos a régimen cinegético especial, detallando que estos son los parques nacionales, los refugios de caza, las reservas nacionales, las zonas de seguridad, los terrenos cercados, los terrenos adscritos al régimen de caza controlada y, por **último**, los cotos de caza definidos en su art. 15, esto es, los terrenos susceptibles de aprovechamiento cinegético que haya sido declarados y reconocidos como tal.

SEGUNDO.- El artículo 335.2 del Código Penal sanciona al que: "cace o pesque o realice actividades de marisqueo relevantes sobre especies distintas de las indicadas en el artículo anterior en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular o sometidos a concesión o autorización marisquera o acuícola sin el debido título administrativo habilitante". Comportamiento que se sanciona, y así se dice, "además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo".

La sentencia mayoritaria considera que practicar la caza con provisión de escopetas y perros, en un coto privado de caza mayor cuyos derechos de explotación cinegética corresponden a la entidad " *DIRECCION001 CB* " y sin autorización de ésta, es constitutivo de un delito del artículo 335.2 del Código Penal. Para lo que fija dos conclusiones con las que no estoy de acuerdo: En primer lugar, que el bien jurídico protegido " *no puede ser de forma exclusiva la protección de un coto privado de caza, porque con ello se privatizaría la causa de la sanción del delito, sino que la protección se enraíza en el control público de la caza, no el derecho exclusivo del coto privado*". En segundo término, que se trata de un delito de mera actividad, por lo que el tipo penal se consuma cuando se despliega el comportamiento, sin que se precise el resultado de capturar al animal.

El bien jurídico protegido por el artículo 335.2 del Código Penal .

TERCERO.- 3.1. Sin que se discuta que el bien jurídico protegido en los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna es la biodiversidad, se suscita la cuestión de cuál es el bien jurídico protegido al sancionarse la caza de especies no protegidas en un coto privado (terreno cinegético especial) y sin autorización del titular, esto es, en supuestos de furtivismo.

No se oculta que matar ejemplares de especies protegidas es constitutivo de un delito del artículo 334 del Código Penal, aun cuando la acción se perpetre en un coto de caza y se aborde por su titular o por persona autorizada por él. También es constitutivo de delito que cualquier persona cace especies no protegidas cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su captura, por más que el sujeto activo sea también titular del aprovechamiento cinegético del terreno. En ambos supuestos, al ser la protección de la biodiversidad el objeto de la tipificación, cualquier menoscabo sustantivo de las condiciones establecidas para proteger la vida de los ejemplares de una especie o de sus condiciones de reproducción, comporta una lesión al bien jurídico protegido por la norma que justifica la punición de la conducta.

3.2. No acontece lo mismo respecto del delito de furtivismo del artículo 335.2, que se introdujo en nuestro Código Penal de la mano de la Ley Orgánica 15/2003 y que la LO 1/2015, de 23 de noviembre, además de corregir técnicamente, amplió a las actividades de marisqueo.

El precepto penal, como ha subrayado la doctrina, no figuraba en el inicial Proyecto de Ley que dio lugar a la Ley Orgánica 15/2003, sino que se introdujo como consecuencia de su tramitación parlamentaria de la mano de una enmienda del Grupo Popular que expresaba lo siguiente:



" El furtivismo -conducta consistente en cazar o pescar en propiedad ajena- lesiona los derechos económicos de quien se dedica a explotar los recursos cinegéticos. La decisión de incluir su tipificación obedece a la evidencia de que se produce una lesión injusta de los derechos económicos de otro, con lo cual la conducta del furtivo tiene suficiente desvalor como para merecer un reproche sancionador" (BOCG, Congreso de los Diputados, de 23 de junio de 2003. Serie A, núm. 145-9, p. 103).

La enmienda muestra claramente que el bien jurídico que se pretendía proteger es estrictamente el que refleja la lectura de la norma penal finalmente promulgada, esto es, que con independencia de una defectuosa ubicación sistemática en el Código Penal, lo que el tipo penal del artículo 335.2 protege no es la fauna, sino el aprovechamiento económico o cinegético que corresponde en exclusiva a los particulares o a las entidades públicas que sean titulares de un coto de caza. Lo que se protege son los intereses económicos del titular del coto, pues si los animales son cazados por los furtivos, no podrán ser base de explotación por el titular del coto.

Es precisamente esa naturaleza la que justifica que el artículo 335.2 del Código Penal únicamente sancione la caza de animales no protegidos, pues sólo sobre estos puede predicarse que los titulares del coto tienen un derecho de explotación que pueda resultar perjudicado. Y es precisamente esa diferente naturaleza del bien jurídico la que posibilita también que la punición de la conducta del artículo 335.2 no entrañe un *bis in idem* respecto a otros tipos penales, pudiendo entrar en concurso real con el artículo 335.1 del Código Penal tal y como el precepto señala.

Delito de peligro o delito de resultado.

CUARTO.- 4.1. El tipo penal recogido en el artículo 335.2 del Código Penal contempla como acción delictiva cazar en terreno público o privado ajeno, sometido a régimen económico especial, sin el debido permiso de su titular.

Se plantea así dónde comienza la protección penal prevista por el legislador, esto es, si por cazar debemos entender la realización de la actividad humana tendente a lograr el resultado cinegético perseguido o, por el contrario, hace referencia a la materialización del objetivo propuesto, esto es, a la efectiva captura de uno o varios animales por parte del sujeto activo.

Con la primera acepción el delito se mostraría como de peligro, de mera actividad o de consumación anticipada, de modo que participar en la acción de cazar, aun sin un resultado cinegético concreto, integraría la conducta que aquí analizamos. Por el contrario, si por cazar entendemos la captura efectiva de los animales perseguidos, para la existencia del delito deberíamos evaluar que el comportamiento desplegado por el sujeto activo haya incidido en el aspecto más nuclear del tipo penal, es decir, que su acción suponga la realización total o incipiente del verbo activo que rige la figura delictiva. En este supuesto, disparar sobre un ejemplar -o aun apuntar con un arma idónea para capturarlo- podría considerarse un acto de ejecución que, salvo desistimiento, determinaría una responsabilidad en tentativa cuando la pieza no sea abatida, mientras que salir en busca de un animal con la intención de darle muerte o de capturarlo y pertrechado para llevar a buen término la pretensión, tendría la consideración de mero acto preparatorio, impune por falta de tipificación específica.

4.2. La sentencia de la Sala proclama que el tipo penal del artículo 335.2 del Código Penal recoge un delito de peligro o de mera actividad.

Lo hace a partir de la definición de la acción de cazar que, conforme al artículo 2 de la Ley 1/1970, de Caza, indica que " *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*".

4.3. Sin embargo, el paralelismo no es tan claro.

Una cosa es que el ordenamiento administrativo defina la acción de cazar a efectos de fijar el espacio de regulación administrativa, especificando que el ámbito de reglamentación de la actividad cinegética abarca la utilización de los medios o los instrumentos apropiados para buscar piezas de caza con la finalidad posterior de darles muerte o de facilitar su captura (el ojeo con o sin perro) , y otra que el derecho penal, precisamente regido por el principio de subsidiariedad y limitado a los supuestos más graves de ataque a los bienes jurídicos objeto de protección, arranque su salvaguarda desde un momento tan anticipado del comportamiento y no quede limitado a aquellos casos que presenten una efectiva y material significación lesiva del bien jurídico, esto es, cuando el transgresor ha logrado dar muerte o capturar a un ejemplar.

4.4. Contrariamente a la conclusión de la mayoría, considero que el tipo penal se configura como delito de resultado y que cuando recoge una sanción penal para la persona que cace, está haciendo referencia a que se haya materializado de manera exitosa una actividad que la Administración, para evitar un daño efectivo a la biodiversidad, regula con detalle en todos los aspectos accesorios de su ejercicio.



Son varios los elementos que apuntan a ello:

A. En primer lugar, la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

La Directiva, aunque no impide la existencia de legislaciones penales más severas que la que impone, perfila cuál es el marco inaceptable de transgresión sobre esta materia en países de nuestro entorno. De ese modo, la Directiva también aporta una referencia objetiva para interpretar las prácticas que resultan dudosas, particularmente aquellas actuaciones que se sitúan en el espacio más alejado de los comportamientos para los que se ordena la promulgación de la protección penal. Desde esta consideración, sobresale que la Directiva únicamente obliga a sancionar como delito (art. 3.f), la matanza, la destrucción, la posesión o la apropiación de especies protegidas de fauna o flora silvestres, y aun en esos supuestos con excepción de los casos en los que esta conducta afecte a una cantidad insignificante de estos ejemplares y tenga consecuencias insignificantes para el estado de conservación de la especie.

De ese modo, el criterio de persecución penal que es compartido en todo el territorio de la Unión, se sitúa precisamente en el punto más alejado del que aquí se discute, puesto que aquí analizamos la punibilidad que merece una actividad: que no ha llegado a causar la muerte o captura de ningún ejemplar; que se proyecta además sobre especies no protegidas; que se desarrolla en condiciones de acción que son legalmente válidas; e incluso que se realiza en supuestos en los que otros sujetos están plenamente autorizados para realizar la actividad sin controles añadidos.

B. En segundo lugar, nuestra doctrina constitucional (STC 24/2004), como recuerda nuestra reciente Sentencia 420/2022, de 28 de abril, subraya que "si no es posible apreciar ningún elemento diferencial entre el ilícito penal y el administrativo que justifique la intervención del Derecho penal y la imposición de una pena privativa de libertad, se plantearía también un problema de proporcionalidad de la reacción penal, que afectaría tanto al derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) como al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), en cuanto comprensivo de la prohibición constitucional de penas desproporcionadas".

C. En tercer lugar, esta Sala ya ha perfilado en varias ocasiones que los tipos penales de los artículos 334 y 335 del Código Penal podrían ser verdaderos delitos de resultado.

La Sentencia de Pleno 570/2020, de 3 de noviembre, venía referida a la efectiva muerte y captura de varios venados en tiempo de veda. Al valorar el alcance del artículo 335.1 del Código Penal, nuestra sentencia no sólo hacía referencia al principio de subsidiariedad que debe regir el derecho penal, sino al propio resultado del comportamiento típico.

Decíamos concretamente en aquella sentencia que: "Pese a la literalidad del art. 335 del CP, la Sala entiende que no todo incumplimiento de una prohibición administrativa de caza puede ser calificado como delito. Este precepto no puede ser degradado a la condición de delito puramente formal de desobediencia a la normativa administrativa. Lo prohíbe el principio de intervención mínima, esto es, la necesidad de reservar la respuesta penal para aquellas conductas socialmente más desvaloradas. Pero la claridad de esta idea, que define un punto de partida infranqueable, no impide reconocer que en el abanico de prohibiciones coexisten, junto a incumplimientos formales, insuficientes por sí solos para colmar la antijuridicidad material, otras infracciones que van mucho más allá de una simple vulneración formal. Entre estas últimas debemos incluir la caza de especies no protegidas en tiempo de veda.

...//... Para que una infracción de esta naturaleza sea susceptible de respuesta penal será indispensable exigir un plus de ofensividad, un mayor desvalor material del resultado. Sólo las conductas que vulnere o pongan en peligro el bien jurídico biodiversidad, son merecedoras de sanción penal".

De igual modo, nuestra Sentencia de Pleno 562/2020, de 30 de octubre, al analizar el alcance del tipo penal recogido en el artículo 336 del Código Penal, reconocía que el empleo para la caza de veneno o explosivo sí se configuraba como un delito de peligro, y precisamente subrayaba que solo la introducción de un peligro relevante para la fauna, a partir de la potencialidad destructiva del veneno o del explosivo, justificaba que la penalidad pudiera superar la que se contempla para la efectiva muerte o aprehensión de algunos de sus ejemplares en el artículo 335. En los mismos términos se pronunció nuestra STS 420/2022.

D. Por **último**, aun cuando la voluntad del legislador hubiera sido tipificar las conductas de los artículos 334 y 335.1 del Código Penal como delitos de consumación anticipada, como sostienen tan importantes sectores doctrinales como los que sustentan la tesis contraria, eso no comportaría que la posición del legislador haya sido necesariamente la misma al otorgar protección penal al derecho de aprovechamiento cinegético. Antes, al contrario, determinados elementos apuntan a que, al menos el artículo 335.2 del Código Penal, es un delito claramente de resultado.



Así lo sugiere:

I. La menor trascendencia del bien jurídico protegido en el delito que analizamos.

Mientras que la protección de la biodiversidad entraña la protección de un interés colectivo de rango constitucional y puede justificar el adelanto de la protección penal y la preservación de cualquier riesgo a la fauna y al medioambiente desde los momentos iniciales del comportamiento lesivo, no acontece lo mismo cuando lo que se protege es el derecho del titular de un coto de caza a abatir en exclusiva los ejemplares que se encuentre en su territorio.

II. La propia naturaleza de los bienes objeto de protección por las distintas conductas.

Que la conducta típica solo pueda perpetrarse sobre especies no protegidas de fauna silvestre y que las especies protegidas queden fuera del ámbito de protección del bien jurídico, no sólo introduce un problema probatorio, sino que supone que la concreción de la antijuricidad de la acción sólo pueda evaluarse a partir de un resultado específico. De hecho, en el presente supuesto el relato fáctico ni siquiera recoge que los acusados dirigieran la acción de cazar a la captura de especies no protegidas, no apareciendo por ello todos los elementos del tipo penal que determinan la sanción, dado que el furtivismo sobre especies protegidas no es subsumible en el tipo penal de aplicación y queda limitado a las previsiones sancionadoras del artículo 334 del Código Penal.

En el mismo sentido, el propio párrafo tercero del artículo 335 se contempla como agravación específica cuando se produzcan graves daños al patrimonio cinegético del terreno, lo que impulsa interpretar que el tipo básico exige también un mínimo resultado lesivo en forma de daños sobre el bien jurídico.

III. El artículo 42.1.e de la Ley 1/1970, al hacer referencia a los delitos de caza, contemplaba como autores de un comportamiento delictivo a los que " *sin el debido permiso, entraren en terrenos sometidos a régimen cinegético especial, portando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente*".

Sin embargo, el artículo 42.1.f condenaba a " *los que, sin el debido permiso, cazaren en terrenos sometidos a régimen cinegético especial, cuando el valor de lo cazado exceda de 2.500 pesetas*".

De ese modo, la tradición punitiva española diferenciaba entre los supuestos en los que se vulneraba la protección de la biodiversidad, para cuya consumación bastaba entrar en el territorio cinegético especial portando artes o medios de caza que estuvieran prohibidos legal o reglamentariamente, de los supuestos en los que el comportamiento meramente transgredía el derecho de explotación cinegética, supuesto para el que se requería que lo efectivamente cazado alcanzara una mínima relevancia y

IV. Por **último**, la interpretación que definiendo del artículo 335.2 del Código Penal no sólo se ajusta más a nuestra tradición jurídica, sino que se ha reforzado después por la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, al equiparar la caza o la pesca sobre determinadas especies, precisamente, a las *actividades de marisqueo que resulten relevantes y carezcan de autorización*, lo que desde luego no es predicable de la mera intromisión en los espacios de cultivo o recolección del marisco.

Pablo Llarena Conde Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Javier Hernández García.