

# Acerca del pastoreo abusivo

JUAN DEL ROSAL

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid.

Abogado de los I. C. de Valladolid, Madrid y otros.

SUMARIO: I. *Supuesto de hecho.*—II. *Impugnación de la mentada sentencia.*—III. *Algunos aspectos fundamentales del recurso.*—IV. *La decisión de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.*

## I. Supuesto de hecho (S. 31 mayo-1950).

1.º Que habiendo sido acotada una parte del monte denominado "L. b.", del término de S., en Junta celebrada con fecha 25 de marzo del pasado año, por el Concejo de la expresada localidad, con la finalidad de ser destinada exclusivamente a pasto del ganado mayor de este pueblo, el día 26 de abril fué sorprendido el vecino de S. P. de V., V. R. F., mayor de edad, casado, labrador, cuando apacentaba en la superficie acotada un rebaño de su propiedad, compuesto de noventa ovejas y cinco cabras. 2.º Que por el denunciante se afirma que esta última localidad carece de todo derecho al aprovechamiento de las hierbas y pastos del referido monte, aportando para ello a los autos una certificación expedida por la Secretaría del Ayuntamiento de C., con fecha 11 de mayo último, relativa a la reunión celebrada en esta localidad con fecha 3 de mayo de 1873, de la que resulta que habiéndose dado lectura en ella a cuatro actas levantadas por los presidentes de las Juntas Administrativas de los pueblos de C., B., V., y S., pidiendo se excluya al pueblo de S. P. de V. de la mancomunidad de pastos y aprovechamientos de los terrenos propios de la mencionada Villa de C. y pueblos mancomunados, y en atención a los perjuicios que resultan de tales aprovechamientos, provenientes sólo de costumbre o corruptela, se acordó por unanimidad excluir al vecindario de S. P. de V. de pastar con sus ganados mayores y menores en los terrenos propios y de común aprovechamiento de la Villa de C. y pueblo de S., si en término de dos días no presentaban el título justificativo que acreditase su derecho al aprovechamiento de esos pastos y hierbas; y como consecuencia de tal acuerdo el día 7 de mayo de 1873 el secretario de dicho Ayuntamiento, constituido en término del pueblo de S. P. de V.,

notificó lo convenido a don F. R., alcalde de barrio de esta última localidad. No resulta de la expresada certificación que el pueblo de S. P. de V. acreditase, dentro del término que al efecto se le concedió, su derecho al aprovechamiento de las hierbas y pastos de que se le privaba en la Junta o sesión que se refiere. 3.º Que por el apelante se presentaron en el acto de la vista de este recurso dos certificaciones, una de ellas expedida por el secretario del Ayuntamiento de C., con fecha 23 de noviembre de 1888, en la que se dice que reconocidos con la debida atención todos los libros, época, concordias, catastros y demás datos que obran en el archivo municipal de dicha villa, resulta de los mismos, entre otras cosas, que el pueblo de S. P. de V. tiene derecho de comunidad para poder pastar en los montes propios de la villa con sus ganados mayores y menores y sitios que se titulan Las P. y la C., con sus agregados de T. y otros, como igualmente tiene derecho para hacerlo en el monte que hoy pertenece a S., por cesión o legación que esta villa le hizo al pueblo de S. con un pedazo de monte para su gobierno; no por eso se deduce que los demás pueblos mancomunales puedan perder el derecho que siempre tuvieron, por lo que según se desprende de los libros citados, se declara que el pueblo de S. P. de V. tiene derecho a entrar y pastar con su ganado en el pueblo de S., como lo ha venido verificando desde tiempo inmemorial; refiriéndose la segunda a una sentencia dictada por el Gobierno Civil de esta provincia, negociado de Fomento, número 898, en la que se hace referencia al informe remitido por la Jefatura de Montes, del que se transcribe lo que sigue: "Examinado el adjunto expediente administrativo practicado en la Alcaldía Constitucional de J., a instancia de la Junta Administrativa del pueblo de S. P. de V., para acreditar la mancomunidad de pastos que dicho pueblo podía o no tener con el de S.

Considerando, que si bien algunos testigos declararon que algunos vecinos de S. P. de V. no venían a disfrutar quieta y pacíficamente los pastos en el monte de S., puesto que según ellos es público y notorio que habían sido prendidos varias veces por ellos, hay en cambio una certificación expedida por el Notario público don A. de P. y L., de la cual se desprende claramente que el pueblo de S. P. de V. tiene derecho a disfrutar mancomunadamente los pastos con el de S.

Considerando también que debe tener más valor legal esta certificación que no la declaración de los testigos presentados, máxime cuando unos declaran lo contrario de los otros, esta Jefatura opina que debe V. S. amparar en la posesión legal de dichos pastos mancomunados, a los vecinos del pueblo de S. P. de V., haciendo que los del pueblo de S. no los estorben en la posesión de su derecho, que al parecer de esta Jefatura es legítimo"; dicho informe está firmado por C. G. de la S.

Resulta de esta segunda certificación que el original se halla en el Ayuntamiento de J. y que fué expedida a petición de la Junta Administrativa de S. P. de V. el día 18 de mayo de 1889.

**RESULTANDO:** Que la propia sentencia que el Juzgado de instrucción contiene. Considerando: Que los hechos recogidos en el apartado primero del Resultando que antecede, no pueden estimarse constitutivos de la falta

que al denunciado se imputa, pues aun admitida la realidad del acotamiento del terreno en que se realizaron, no existe en los autos elementos de juicio que permitan estimar que tal acto se llevó a cabo en la forma debida, por cuanto que de la prueba documental de que se dispone, aparece desprenderse la existencia de un derecho al aprovechamiento de los pastos del monte de S., en favor del pueblo de la vecindad de aquél, que no fué oído en el acuerdo que precedió a dicho amojonamiento, derecho que por su importancia y transcendencia no pueden entenderse—a la vista de los resultados virtuosos por el contenido de los aportados por el propio denunciante, por no ser éste el cauce procesal adecuado para ventilar y decidir con arreglo a derecho tal cuestión, que indirectamente se suscita a través de la denuncia que ha dado lugar a este juicio; y como de tales precedentes se llega, a su vez, a la necesidad de excluir o eliminar en la conducta del apelante el ánimo de dolo o intencional de infringir la Ley, así como también todo elemento culposos o negligente que indirectamente pudiese producir este resultado, al mismo tiempo que no es dable olvidar que según reiteradísima declaración jurisprudencial no incurrir en infracciones de esta naturaleza quienes obran en la creencia de que ejercitan un derecho, siempre que sea fundada (Sentencia de 31 de diciembre de 1934, entre otras muchas), y que esta necesidad o exigencia resulta en extremo evidenciada respecto del caso de autos de los precedentes razonamientos, es indudable que esto sentado y lo dispuesto en los artículos 1.º, 592 y 593 del Código penal común, procede dictar sentencia por la que revocando la que ha dado lugar al recurso, se absuelva a dicho V. R. F. de la supuesta falta contra la propiedad que le ha sido imputada, declarando de oficio las costas de ambas instancias.

## II. Impugnación de la mentada sentencia

Una vez notificada la sentencia anterior del Juzgado de Instrucción, el denunciante entabló el correspondiente recurso de casación, al amparo del número 1.º del art. 849 de la Ley rituarial criminal, fundamentándolos en los dos motivos siguientes: a) No haberse aplicado al citado V. R. el párrafo primero del art. 1.º en relación con los arts. 565 y 586, núm. 3, todos ellos del Código penal, no obstante aparecer autor por simple imprudencia o negligencia de la falta origen de la denuncia. b) Falta, también, de aplicación del núm. 3 del art. 592 del mismo texto penal.

Tanto la parte recurrida como el Ministerio Fiscal se instruyeron oportunamente del recurso, el cual impugnaron en el acto de la vista.

## III. Algunos aspectos fundamentales del recurso

Sabido es cómo la interpretación científica y jurisprudencial ha concretado los *grados* o *formas* de la culpabilidad en el párrafo 1.º del art. 1.º en referencia con el 565. Con lo que dicho se está que la estructura técnica—desde el punto de vista del reproche culpable—del delito y de la falta

es idéntica, por cuanto el uno y la otra infracción pueden realizarse en forma dolosa o intencional y también en grado culposo, si bien las consecuencias que aparejan son distintas.

Ahora bien, sin entrar en polémicas en cuanto a la diferencia específica o si efectivamente no existe aquélla, es indudable que la "culpabilidad" en las faltas—delitos en "miniatura"—habrá de configurarse en orden a los principios generales, de pareja manera a como sucede en los delitos. Y así, la culpabilidad del sujeto, a saber, el vínculo subjetivo entre el autor y el hecho realizado, o bien, la actitud psíquica de desprecio al orden penal es punible conforme a la técnica del cuerpo punitivo en sus formas dolosa y culposa.

En el segundo de los motivos—como decíamos anteriormente—, el recurrente mantuvo la tesis de la infracción—por su no aplicación—del precepto configurado en el art. 592, núm. 3, del vigente Código penal (1).

La similitud entre el delito y la falta salta también a la vista, sobre todo en las faltas contra la propiedad, al igual que en las relativas a las personas, ya que tan sólo en aquéllas la determinación de la falta está representada por el daño inferior a 250 pesetas. Así, en el art. 592, número 3, el Legislador ha querido, según se infiere de una elemental interpretación gramatical y tiene declarado la doctrina del Tribunal Supremo, la punición de la falta en su forma culposa, por lo mismo que en el artículo 593 se castiga la forma intencional o dolosa. De suerte que la conducta expresada en el mentado artículo no aplicado es un supuesto de culpabilidad culposa (2).

El otro requisito integrante de esta "falta" tiene naturaleza *objetiva* e indudablemente son dos vocablos de los llamados valorizados de antemano. Se trata, en una palabra, que el abandono o negligencia ha de producir entrada en *heredad ajena*, de suerte que la significación jurídica de estas dos palabras está ya previamente precisada en la legislación civil. ¿Qué alcance y valor tiene aquí la *heredad ajena*? Por de pronto digamos de pasada que es bien distinta a lo entendido en el ámbito civil por aquella expresión (3); en resumidas cuentas, entraña una amplitud que abarca situaciones jurídicas extrañas a la estricta propiedad de la heredad. Y, por último, queda por puntualizar la *clase* de alteración que ha ocasionado la citada "falta", que se expresa en daños, sean de la cuantía que fueren. Exige, pues, el Legislador la necesidad inexcusable de una causación de daños, es decir, que en esta "falta" el cambio o lesión ocasionado por el abandono o negligencia tiene su estampación esencial en un *resultado sensible*, de orden material, y valorable mediante tasación pericial y a tenor de las cifras expresamente consignadas por el Legislador en los números primero, segundo y tercero del susodicho precepto, según la clase de ganado.

(1) Artículo 592, 3.º: "De 25 céntimos de peseta a 1,50, si fuere cabrío y en la heredad hubiere arbolado."

(2) Véanse, para estimar en su justo sentido el elemento voluntario, las SS. de 1 mayo 1942, 7 julio 1932, 10 marzo 1933, 2 octubre 1944 y 12 mayo 1945, entre otras.

(3) A este respecto, véanse las SS. de 11 diciembre 1886, 3 diciembre 1889, 10 mayo 1892 y 20 abril 1901.

Teniendo presente los requisitos de esta "falta", resulta claro que se plantee *a sensu contrario* ¿cuándo no existirá *abandono o negligencia*, esto es, la ausencia de la misma? Lo cual, naturalmente, acontecerá en tanto en cuanto medie un error esencial, decisivo e inimputable a la persona, en una palabra, que sea de tal fuerza que no le sea reprochable el resultado al sujeto aparentemente negligente, ya que no obsta para la existencia de esta "falta" la creencia de que los vecinos del pueblo tenían el disfrute de los pastos de su término; ni tampoco cabe alegar, sin justificarlo, que los terrenos tenían servidumbre de paso (4).

Así es que sólo queda radiada la intención cuando el supuesto reo tenga la creencia racional de que realizaba un acto lícito (ausencia de la consciencia de la antijuricidad) (5). Aun cuando esta falta de intención habrá de probarse de una manera contundente (6). En todos estos supuestos la *voluntariedad* queda perdida en su modalidad *dolosa*, sin que para nada se mencione la culpa, pues la inexistencia de la intención dolosa no apareja la eliminación de la culpa, segundo grado de la culpabilidad jurídicopenal, y cuyo contenido y estructura técnica y legal son completamente diferentes, ya que como dice el art. 565, en la culpa no existe *malicia*. Y como el funcionamiento del error implica nada menos que la anulación de la *malicia* de la persona, la doctrina jurisprudencial tiene declarado que en el error de hecho y de derecho—antigua distinción romana—, para que excluya la culpabilidad la creencia del ejercicio legítimo de un derecho es indispensable que *tal creencia se halle seriamente fundada y demostrada mediante afirmaciones de hecho* (7), *de las que pueda discernirse, a ser posible, la legitimidad del derecho, y, en todo caso, cuando menos, la racionalidad y fundamento de la creencia, valorando así los elementos subjetivos del delito por un método lógico que permita afirmar sobre supuestos de hecho la falta de intención del culpable* (8). Error, además, que se mueve dentro del ámbito de la teoría del dolo, quedando, por consiguiente, intacta la culpa (9). Y de esta manera la orientación jurisprudencial viene a confirmar el principio general de que el efecto del error nubla la conducta dolosa, y sólo puede llegar a la exclusión total de la culpabilidad si a la vista de los elementos configurativos de la figura de delito y las circunstancias objetivas y subjetivas puede aventurarse la presunción de un error esencial e invencible, problemas de difícil determinación, ya que la mayoría de las veces las "faltas" se cometen por simple imprudencia o negligencia. Por esto interesa sobremanera realizar un detallado examen de las circunstancias configurantes de la conducta, mejor todavía, para emplear términos criminológicos: examen del mundo per-

(4) Véanse SS. de 4 noviembre 1893 y 13 abril 1905.

(5) Véanse SS. de 6 junio 1945, 31 octubre 1941, 25 septiembre 1942, 13 febrero 1945 y otras de idéntica orientación.

(6) Véanse SS. de 2 mayo 1923, 24 noviembre 1888, 11 enero 1894 y 10 noviembre 1923.

(7) Véanse SS. de 27 mayo 1907, 19 abril 1927, 15 y 29 enero 1918, 28 noviembre y 30 diciembre 1919, 15 octubre 1921, 26 enero 1934 y 3 enero 1945.

(8) Véase S. de 26 enero 1934.

(9) Véase S. de 28 junio 1935.

sonal del agente y de la situación del hecho en referencia con aquél. Y del resultado obtenido de estas exploraciones se deduce que no existe una fundada y racional creencia, ni aparecen por ninguna parte las "afirmaciones de hecho" que dice la dirección jurisprudencial, a propósito de las condiciones de la creencia. Y si todavía se le concediera cierto derecho de mancomunidad de aprovechamiento y pastos, ello sería a base de reconocer como fuente creadora de derecho *la costumbre o corruptela*, cuando aun en la misma esfera civil ocupa la costumbre rango secundario con respecto a la Ley, y en la órbita del Derecho penal carece por entero de eficacia creadora de preceptos, por oponerse el principio de legalidad de los delitos y de las penas, especie de dogma incontrovertible del pensamiento punitivo.

#### IV. La decisión de la Sala segunda del Tribunal Supremo

La sentencia de la Sala de lo Criminal del T. S., con buen sentido jurídico-penal, puntualiza ciertos extremos relativos a la falta de pastoreo abusivo de los artículos empleados por el juzgador de instrucción para absolver al hoy recurrido, ya que estima en perfecta técnica penal que no se ha apreciado el elemento del *daño*, que habrá de ser valorable, según se infiere del propio contexto del artículo, y a la par acentúa igualmente la diferencia en los grados de culpabilidad, expresada en los susodichos artículos. Y así, el primero de los "considerandos" nos expone "que la falta de pastoreo abusivo cuyo reconocimiento por parte del Juez sentenciador de segunda instancia motivó este recurso, no se adapta exactamente a ninguno de los supuestos sancionables en los arts. 592 y 593 del C. penal (10). los que si bien presentan la diferencia del carácter imprudente o intencional de las infracciones, ofrecen la nota común de la constancia de *un daño* con dimensiones económicas determinadas, como término de la proporcionalidad de la multa que haya de imponerse cuando las reses dañadoras sean lanares o cabrías en terrenos sin arraigo de cualquier especie de árboles, y lo cierto es que los hechos de la sentencia de apelación dejan de suministrar ese dato del *daño*, no sólo en su cuantía, sino hasta en su realidad física, y que tampoco pueden servir para deducirlo los otros hechos de la primera sentencia del juicio, donde el Juez de Paz omitió declararlos probados, y después el de Instrucción al aceptarlos bajo dicho aspecto fundamental". Razón que se adapta lógica y jurídicamente a la redacción del precepto, puesto que con anterioridad la parte recurrente subrayó la tesis de que existía un tercer elemento de naturaleza, si se quiere, *material*, representado por el *daño* causado que aparece como consecuencia del abandono o negligencia o de la intención, estimable según el cómputo del ganado y cifra expresada para cada clase del mismo. Falta, por tanto, de

(1) Artículo 593. "Si los ganados se introdujeran de propósito, además de pagar las multas expresadas, sufrirán los dueños o los encargados de su custodia de uno a treinta días de arresto menor, siempre que el daño no excediere de 250 pesetas.

La infracción cometida después de dos condenas por esta falta se castigará como delito de hurto, comprendido en el número 4.º del artículo 515."

orden material que exige un resultado perceptible, y que aparezca, por consiguiente, como una modificación en el disfrute de la heredad de una persona.

Pero es que a mayor abundamiento, el fallo de la Sala segunda del Tribunal Supremo, con una clara visión del supuesto de hecho, imputa al recurrido su proceder arbitrario, con lo que su conducta da pábulo al funcionamiento de la infracción, ya que para nada cuenta la tesis que pretendía apoyar la entrada en la heredad ajena en virtud de un derecho, pues "resulta aplicable al caso el art. 594 del mismo Código (11), castigo de la introducción de ganado en heredad ajena, aunque no se causaren daños porque ostensible el amojonamiento de la parcela de monte reservado al pastorcito de reses mayores del pueblo, nunca cabría se refiriese al mencionado trozo el derecho que el infractor asegura le asiste para apacentar sus ovejas o cabras, y porque su disconformidad con la medida administrativa mantiene viva una falta cuyo fondo de malicia acredita aquel acto de proceder arbitrario, mientras existen otros parajes del propio monte abiertos para ganados de la clase del de su pertenencia, conforme se desprende del hecho de haberse acotado sólo la parte del pastizal".

En este razonado "considerando", la Sala segunda centra en su justo término la aplicación del art. 594, comprensivo, en orden a la culpabilidad, tanto en su aspecto doloso como culposo, puesto que basta y sobra con que se penetre en la heredad ajena, ya sea de propósito o por descuido o negligencia (12), si bien la conducta del recurrido es reprochada en su forma dolosa al lesionar una medida administrativa; cayendo a tierra el pretendido derecho esgrimido por el recurrido, como igualmente su supuesta creencia. Así, declara la sentencia haber lugar al recurso de casación, dando vida a esta "falta" del art. 594, cuya configuración eminentemente formal presenta distinta naturaleza jurídica penal a las contenidas en los dos artículos anteriores (13).

---

(11) Artículo 594. "El encargado de la custodia de ganados que entraren en heredad ajena sin causar daño, no teniendo derecho o permiso para ello, será castigado con la multa de 5 a 50 pesetas."

(12) Véase S. de 2 enero 1934. También de interés SS. de 7 diciembre 1918, 7 junio 1947 y otras.

(13) Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Díaz Plá.