



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Estudio de los delitos relativos a la
protección de la flora, fauna, y
animales domésticos.

Presentado por:

Álvaro Alcántara Tamariz

Tutelado por:

Antonio M^a Javato Martín

Resumen

El objeto de este trabajo es el análisis de los delitos recogidos en el Capítulo IV “*De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos*” contenidos en el Título XVI del Código Penal. Empezaremos con un breve recorrido por el contexto histórico e ideológico, poniendo especial atención en las distintas corrientes doctrinales sobre el bien jurídico protegido y su evolución. Después indagaremos sobre la problemática técnica legislativa de la ley penal. Y concluiremos con un estudio individualizado de cada uno de los delitos contenidos en este Capítulo, así como de las disposiciones comunes contenidas en el Capítulo V de este mismo Título.

Palabras clave

Delitos, medio ambiente, biodiversidad, fauna, flora, hábitat, ley penal en blanco, especie protegida.

Abstract

The object of this work is the analysis of crimes included in Chapter IV, contained in Title XVI of the Penal Code. We will start with a brief tour of the historical and ideological context, paying special attention to the different doctrinal currents on the protected legal good and its evolution. Then we will inquire about the legislative technical problems of criminal law. We will conclude with an individualized study of each of the crimes contained in this chapter, and the common provisions of the Chapter V.

Key words

Crimes, environment, biodiversity, fauna, flora, habitat, blank criminal law, protected species.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
2. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA FAUNA Y LA FLORA Y SU TÉCNICA LEGISLATIVA.....	8
3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	12
3.1 Evolución histórico legislativa. De la protección antropocéntrica a la ecocéntrica....	12
3.2 las diversas teorías sobre el concepto de medio ambiente al que se refiere el Título XVI CP.....	13
3.3 El bien jurídico protegido en los delitos contra la fauna, la flora y los animales domésticos (art.332 a 337 bis CP)	15
4. LA TÉCNICA LEGISLATIVA: LAS LEYES PENALES EN BLANCO	19
4.1 Leyes penales en blanco: terminología, definición, características, función y tipos ...	20
4.1.1 Terminología.....	20
4.1.2 Definición, características y función.....	21
4.1.3 Tipos	22
4.1.4 Principales problemas en relación a las leyes penales en blanco	23
5. LOS DELITOS EN CONCRETO.....	29
5.1 Atentados contra la flora protegida (Artículo 332 del Código Penal)	29
5.1.1 Artículo 332 C.P.....	29
5.1.2 Sujeto activo y sujeto pasivo.....	29
5.1.3 Objeto material.....	30
5.1.4 Las conductas típicas	33
5.1.5 El tipo subjetivo	34
5.1.6 Antijuricidad.....	35
5.1.7 Relaciones concursales	36
5.1.8 Penalidad	37
5.2 Introducción de especies de flora o fauna no autóctona (Artículo 333 del Código Penal)	38
5.2.1 Artículo 333 C.P.....	38
5.2.2 Sujeto activo y sujeto pasivo.....	38

5.2.3 Objeto material.....	38
5.2.4 La conducta típica	39
5.2.5 El tipo subjetivo	39
5.2.6 Relaciones concursales	40
5.2.7. Penalidad	41
5.3 Delitos relativos a la fauna protegida. (Artículo 334 del Código Penal)	41
5.3.1 Artículo 334 C.P.....	41
5.3.2 Sujeto activo y sujeto pasivo.....	42
5.3.3 Objeto material.....	42
5.3.4 La conducta típica.	43
5.3.5 El tipo subjetivo	45
5.3.6 Antijuricidad.....	46
5.3.7 Relaciones concursales	46
5.3.8 Penalidad	47
5.4 Caza o pesca ilegal de especie no protegida. (Artículo 335 del Código Penal)	48
5.4.1 Art.335 C.P.....	48
5.4.2 Sujeto activo y pasivo	49
5.4.3 Objeto material.....	49
5.4.4 la conducta típica.....	49
5.4.5 El tipo subjetivo	53
5.4.6 Relaciones concursales	53
5.4.7 Penalidad	54
5.5 Caza o pesca con medios peligrosos. (Artículo 336 del Código Penal).....	55
5.5.1 Art.336 C.P.....	55
5.5.2 Sujeto activo y pasivo	55
5.5.3 Objeto material.....	55
5.5.4 Instrumentos del delito	55
5.5.5 La conducta típica	56

5.5.6 El tipo subjetivo	57
5.5.7 Relaciones concursales	57
5.5.8 Penalidad	58
5.6 Malos tratos y abandono de animales. (Artículo 337 y 337 bis del Código Penal)....	58
5.6.1 Art.337 C.P.....	58
5.6.2 Art.337 bis C.P	59
5.6.3 Bien jurídico protegido.....	59
5.6.4 Sujeto activo y sujeto pasivo.....	60
5.6.5 El objeto material.....	61
5.6.6 La conducta típica	61
5.6.7 El tipo subjetivo	64
5.6.8 Antijuricidad.....	64
5.6.9 Penalidad	65
5.7 Disposiciones comunes al Título XVI. (Arts. 338, 339 y 340 C.P).....	65
5.7.1 Art.338 C.P.....	65
5.7.2 Art.339 C.P.....	67
5.7.3 Art.340 C.P.....	68
6. CONCLUSIONES	71
7. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS	72
8. BIBIOGRAFÍA.....	73

1. INTRODUCCIÓN

El ser humano es el factor que modifica y altera el planeta hasta haberlo puesto en una situación límite. No somos inocuos, sino directamente responsables del mundo en el que vivimos, y hasta hace poco tiempo no éramos conscientes de ello. Sin embargo, durante las últimas décadas, muchas son las voces que están despertando la conciencia colectiva, poniendo en relieve los problemas que estamos generando en el mundo en el que habitamos. En noviembre de 2017, la Alianza de Científicos del Mundo publicó un documento firmado por 15.000 investigadores de 184 países advirtiendo de que nuestra forma de vida va a acabar con el planeta y con nosotros mismos. En dicho documento se señalaba como principales agentes causantes al cambio climático, la deforestación, la extinción de especies, la falta de agua potable y el crecimiento de la población.¹

Todos estos problemas llevan nuestra huella; se estima que cada minuto se usan en el mundo un millón de bolsas de plástico² lo cual ha generado hasta cinco vertederos gigantes en los océanos. El más grande de ellos, llamado “la sopa de plástico” situado en el Pacífico Norte, acumula millones de toneladas de desechos movidos por un fuerte flujo de corrientes marinas denominado “el giro del Pacífico”. Este fenómeno afecta a millones de aves y de mamíferos marinos, que mueren cada año. Además, las toxinas entran en la cadena alimentaria humana a través del pescado, pudiendo afectar gravemente a nuestra salud.

Según SEO Birdlife, el 40% de las especies de aves pierde población y una de cada ocho se encuentra ya en peligro de extinción. Una vez más, la sombra del ser humano se cierne sobre el problema, pues las prácticas agrícolas insostenibles, como el uso de productos químicos u otros agentes y la intensificación de los cultivos, afecta a un 74% de las especies en peligro de extinción. Esto sumado a la deforestación provoca graves desequilibrios en los ecosistemas, facilitando además, la proliferación de especies invasoras, que afecta al 39% de las especies en peligro de extinción, agravando considerablemente el problema.³ La ONU advierte que 150 especies se extinguen al día por culpa del hombre. Este ritmo es cien mil veces mayor que el que ocasionarían los procesos naturales.⁴

Si centramos el foco en España, podemos ver como también padece serios problemas medioambientales. Por ejemplo, según la lista roja, elaborada con datos de 2017, tenemos en nuestro país 622 especies en peligro crítico de extinción, lo que nos sitúa muy

¹ *ABC*, 8 de Marzo de 2018.

² *El País*, 2 de Mayo de 2018.

³ *El País*, 24 de Abril de 2018.

⁴ *El País*, 22 de Mayo de 2007.

por delante de nuestros homólogos europeos.⁵ Y según el MAPAMA (ministerio de agricultura alimentación y medioambiente) que elabora el catálogo español de especies amenazadas, hay un total de 134 especies amenazadas y 615 en régimen de protección especial.

Desgraciadamente además, no hace falta retroceder mucho en nuestra historia para encontrarnos con catástrofes medioambientales de importante gravedad. En 1998 una balsa minera vertió cerca de seis millones de hectómetros cúbicos de lodos tóxicos que contaminaron 4.634 hectáreas de la cuenca del Guadiamar (Sevilla), provocando que toneladas de aves y peces murieran envenenadas, y que veinte años después, aún queden zonas en la parte norte de la cuenca con niveles significativos de contaminación.⁶ Tan solo cuatro años más tarde, en 2002, un petrolero llamado “Prestige” cargado con 77.000 toneladas de fuel se partía en dos a 250 kilómetros de las costas gallegas, hundiéndose y provocando así la mayor catástrofe medioambiental que ha sufrido nuestro país. El fuel vertido contaminó más de 2.000 kilómetros de costa y afectó gravemente a la fauna y flora de cerca de 745 playas,⁷ llegando incluso al País vasco. La última catástrofe de magnitud, ocurrió en octubre de 2017, cuando una ola de incendios en Galicia arrasó 49.000 hectáreas de monte, en un total de 264 fuegos. Causando, además de la muerte de cuatro personas, graves daños a los ecosistemas; Se estima que murieron 177.000 conejos, 35.500 erizos, 355.000 lirones, 7 millones de lagartijas, 177.500 lagartos ocelados y cerca de 1000 comadrejas. Se ocasionaron graves daños también en las bacterias y microorganismos que se encontraban en el subsuelo y un importante riesgo para las especies acuáticas, debido a las cenizas que llegaron a los ríos y al mar. A esto hay que añadir, según declaraciones de Serafín González, presidente de la Sociedade Galega de Historia Natural (SGHN) el peligro que ahora corren estos ecosistemas vulnerables a la fácil extensión de las especies invasoras.⁸

Ante esta situación, el ordenamiento jurídico penal español ha introducido una serie de delitos que tratan de proteger el medio ambiente e intentan combatir este tipo de conductas nocivas para el mismo. En el presente trabajo nos centramos en el estudio de los

⁵ *20 minutos*, 15 de Septiembre de 2017.

⁶ *El Mundo*, 25 de Abril de 2016.

⁷ En palabras de D. Victoriano Urigorri, Director de la Estación de Biología Marina de El Ferrol y miembro del Comité Científico Asesor que se creó tras el accidente: *“durante los años 2002 y 2003, todos los ecosistemas marinos se vieron afectados, aunque quizás el que más daños sufrió a la larga fue el ecosistema costero intermareal” “tuvo un efecto letal, no solo sobre las aves que salieron en multitud de imágenes en la prensa y la televisión, sino en todos los organismos que entraron en contacto con el fuel. Cualquier animal al que alcanzaba el chapapote moría, pero también afectó a la reproducción de muchas especies.”* (*El Mundo*, “La memoria negra del Prestige”, 2012)

⁸ *Faro de Vigo*, “Incendios en Galicia, un inmenso cementerio de animales”, 25 de Octubre de 2017.

delitos recogidos en el Capítulo IV “De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos” contenidos en el Título XVI del Código Penal. Empezaremos con un breve recorrido por el contexto histórico e ideológico, poniendo especial atención en las distintas corrientes doctrinales sobre el bien jurídico protegido y su evolución. Después indagaremos sobre la problemática técnica legislativa de la ley penal. Y concluiremos con un estudio individualizado de cada uno de los delitos contenidos en este Capítulo.

2. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA FAUNA Y LA FLORA Y SU TÉCNICA LEGISLATIVA

La protección jurídica de la fauna y la flora es una materia relativamente joven. Las primeras manifestaciones de la preocupación medioambiental nacen a finales del S.XIX, cuando se crean las primeras asociaciones conservacionistas de la mano de las clases burguesas. Y no será hasta principios de los años 70 cuando se produzca su “madurez”, fruto de una concienciación social medioambiental cada vez más fuerte canalizada a través de movimientos ecologistas, que fomentan una visión más amplia y completa del medioambiente.⁹ Será en estos momentos de cambio, cuando se establezca un nuevo rumbo en la protección jurídica de la fauna y flora que propicie una evolución y un camino en el que hoy estamos inmersos.

Si hacemos un breve repaso a la historia de la protección jurídica de la fauna y la flora vemos como, durante las primeras etapas, nos encontramos leyes sectoriales, centradas en la gran mayoría de los casos, en la protección de las aves y en la regulación de la caza y la pesca. Leyes estas, orientadas a la protección de intereses particulares y con una marcada perspectiva utilitaria, según la cual, solo se protegían las especies que fueran útiles para el ser humano o que fueran susceptibles de intereses económicos, mientras que el resto simplemente se ignoraban o mermaban si resultaban perjudiciales.¹⁰ En el caso de España podemos apreciar esta tendencia en el conjunto de las leyes preconstitucionales

⁹ El 5 de Abril de 2017, las cinco principales organizaciones ecologistas (Ecologistas en Acción, GreenPeace, SEO/Birdlife, Amigos de la Tierra y WWF) presentaron en el Congreso su hoja de ruta medioambiental en la que demandaban un nuevo marco de protección del medio ambiente, un cambio de modelo energético basado en energías renovables, un freno a la contaminación química y un mayor reconocimiento de los derechos de los animales.(www.tierra.org)

¹⁰ Opinión de Maffei citada en *Protección jurídica de la fauna y la flora en España* Editorial Trotta, Valladolid- 2000, Págs. 62 y 63

relativas a esta materia,¹¹ las cuales se destinan principalmente a la protección penal de unos intereses económicos determinados, dejando en un plano subsidiario la protección de las especies en sí.

Conforme nos acerquemos a los años 50 se producirá una evolución de la conciencia medioambiental. Las condiciones menesterosas en la que la Segunda Guerra Mundial deja el planeta, sumado a los avances científicos hará que durante la segunda mitad de siglo se vayan abandonando las ideas más utilitaristas y antropomórficas en favor de una concepción del medio ambiente más global, como elemento autónomo que precisa de protección por sí mismo. Así, durante los años 50 y 60 se irán poniendo las bases de las estructuras en las que se sustentará la protección del medio ambiente. En 1948 se creará la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), y trece años más tarde y en parte para paliar la falta de recursos que había sufrido esta organización desde su inicio, nace el Fondo Mundial para la Vida Salvaje (WWF), en 1961.

A partir de la década de los 70, y en especial en ella, la materia que nos ocupa sufrirá un gran impulso. Tras la Conferencia de Estocolmo de 1972, surgirá el Plan de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).¹² Y con él una gran cantidad de leyes sobre medio ambiente por parte de los estados participantes. Un año después, el 3 de Mayo de 1973, se firma el convenio de Washington (CITES) sobre el comercio internacional de especies amenazadas de la fauna y la flora silvestre, que supondrá un hito al desplegar una gran eficacia, e influencia muy significativa en las legislaciones venideras de los Estados que lo ratificaron. La normativa comunitaria, seguirá un camino homólogo y en gran parte inspirado por la situación internacional. Como explica HAVA GARCIA. E *“La Declaración de Estocolmo de 1972, unida a la constatación de que las medidas de protección del medio ambiente puestas en marcha por algunos países comenzaban a causar distorsiones en la libertad de competencia y en el mercado común, animó a los representantes de los Estados miembros de la CEE a subrayar, por primera*

¹¹ GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. “Los delitos contra la flora, la fauna y los animales domésticos” *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología* (2013) En el conjunto de leyes preconstitucionales podemos englobar: Ley de 19 de Septiembre de 1896, para la protección de pájaros insectívoros; Ley de caza de 16 de Mayo de 1906; Ley de 20 de Febrero de 1942, por la que se regula el fomento y conservación de la pesca fluvial; Ley de 31 de diciembre de 1946, sobre la represión de la pesca con explosivos o sustancias venenosas y corrosivas; Ley 1/1970 de 4 de Abril, de caza.

¹² El PNUMA es el órgano que actúa como catalizador, promotor, educador y facilitador para promover el uso racional y el desarrollo sostenible del medio ambiente. Y cuya labor consiste en evaluar las condiciones y tendencias ambientales a nivel mundial, regional y nacional; elaborar instrumentos ambientales internacionales y nacionales; y fortalecer las instituciones para la gestión racional del medio ambiente (cita www.un.org)

vez tras quince años de experiencia comunitaria, la necesidad de emprender una política ambiental de manera conjunta”¹³

El punto de inflexión en España en materia medioambiental también se sitúa en los años 70. En concreto en 1978, pues la Constitución Española en su artículo. 45¹⁴ marca la dirección a seguir por nuestro ordenamiento jurídico, al imponer la obligación de conservar el medio ambiente. A partir de aquí, y con el objeto de ponerse en sintonía con las directrices marcadas por la CE, el Código Penal comenzará un proceso transformador que le conducirá hasta el día de hoy,¹⁵ donde podemos encontrar dentro del Título XVI “*De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente*”, la materia que nos ocupa en el Capítulo IV “*De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos*”, en los artículos 332 a 337 bis.

Como acabamos de ver, estamos ante una materia joven y cambiante, con una gran problemática desde mi punto de vista, que es la dificultad terminológica. En el sentido de que ha resultado y aún resulta complicado definir y acotar términos de gran complejidad cómo biodiversidad, fauna, flora, ecosistema, medio ambiente y aunarlos en una visión común en los distintos ordenamientos. Términos que implican tanto y de tantas maneras, con tantas aristas, matices y ramificaciones es complicado dotarlos de una protección depurada. Todas estas singularidades de juventud, constante evolución, dificultad terminológica sumada a una intensa presión social por parte de una sociedad cada vez más concienciada, es la causante en mi opinión de que la técnica legislativa sea en algunos casos deficiente¹⁶, generando, como veremos a lo largo de este trabajo, problemas técnicos como

¹³ *Protección jurídica de la fauna y la flora en España*. Editorial Trotta, Valladolid- 2000, Pág.90

¹⁴ Art.45 CE “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales, o en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”

¹⁵ Este proceso que comienza en el Código Penal de 1973; y pasando por El Proyecto de Código Penal de 1980; La Reforma de 25 de Junio de 1983; La Propuesta de Anteproyecto de 1983; La Reforma de 11 de Diciembre de 1987 relativa a los incendios forestales; El Proyecto de Código Penal de 1992; El Código Penal de 23 de Diciembre de 1995; Las reformas del Código penal de 2003 y 2010; llega a la actualidad vigente con la con la reforma de 30 de Marzo de 2015.

¹⁶ MUÑOZ LLORENTE, J. “Los delitos relativos a la flora, fauna y animales domésticos (o cómo no legislar en Derecho Penal y cómo no incurrir en despropósitos jurídicos)” *Revista de derecho penal y criminología* 2ª Época N° 19 (2007) Pág. 310. En relación a la reforma del Código Penal de 2003: “Parece, pues, que a la hora de proceder a su reforma ha habido, cuanto menos, una cierta despreocupación, por no decir un cierto desconocimiento de la fenomenología de estos delitos, de su regulación jurídico-penal y jurídico-administrativa y de su aplicación práctica por los tribunales. Ese desconocimiento (...) ha contribuido a hacer aún más patentes los defectos técnicos y sistemáticos existentes hasta ese momento.”

el de las leyes penales en blanco o el de las leyes autonómicas y sus conflictos de competencias.

3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

3.1 Evolución histórico legislativa. De la protección antropocéntrica a la ecocéntrica.

Pese a que la Constitución Española de 1978 ya marcaba las directrices a seguir en materia medioambiental, en ella se observaba un enfoque antropocéntrico, al colocar al ser humano como centro de la protección ambiental. Aunque en opinión de RODRIGUEZ RAMOS el concepto de medioambiente mantenido en la Constitución es, materialmente amplio, aun cuando sufra importantes limitaciones antropocéntricas.¹⁷ Así, los primeros textos normativos posteriores a la CE todavía siguen ese enfoque ideológico.¹⁸ En ese sentido por ejemplo, en el proyecto de código penal de 1980 podemos leer en el artículo 323 “*a los que en la explotación de una industria, o en el ejercicio de otra actividad, y con infracción de las normas reglamentarias, provoquen emanaciones en la atmosfera, o viertan en los ríos, aguas interiores o territoriales, sustancias que puedan perjudicar gravemente a las personas, a los animales, bosques o plantaciones útiles*”;

En el artículo 347 de la Ley Orgánica de 25 de Junio de 1893, de reforma del Código Penal “*Será castigado (...) el que, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase a la atmosfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas o pueda perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques espacios naturales o plantaciones útiles*” En ambos casos se encuentra el riesgo para la salud en el centro del precepto y solo los elementos medioambientales en atención a su utilidad para el ser humano.

Tendremos que esperar a 1983; con la propuesta de anteproyecto del Código penal, que recogía en un único título los delitos ecológicos¹⁹ y con la Ley Orgánica 7/1987 11 de Diciembre,²⁰ sobre delitos forestales para observar atisbos de cambio hacia una visión más

¹⁷ RODRIGUEZ RAMOS, L. “El medio ambiente en la Constitución española. Su conservación como principio político rector y como competencia de las comunidades autónomas” en *Derecho y medio ambiente*, CEOTMA, Madrid, 1981. Pág.37

¹⁸ OCHOA FIGUEROA, A. “Medio ambiente como bien jurídico protegido, ¿Visión antropocéntrica o ecocéntrica?” *Revista de derecho penal y criminología*. 3ª Época nº11 (Enero de 2014) Págs. 253-294: La visión antropocéntrica considera que los humanos son superiores al resto de la naturaleza, por lo que, este es legítimo dueño de aquella, y por ende, puede utilizarla para sus propósitos. La visión ecocéntrica por el contrario, entiende que la naturaleza contiene un valor inherente, independientemente de si le es de utilidad o no al ser humano.

¹⁹ Capítulo II “*los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*”

²⁰ En especial, el art.533 b) “*Las penas señaladas en el apartado a) se impondrán en su grado máximo cuando el incendio alcanzare especial gravedad atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes:*
1. *Que afecte a una superficie de considerable importancia.*”

ecocéntrica, empezando a ser la tutela del medio ambiente autónoma del riesgo a la vida humana y del derecho de propiedad.

La llegada del Código penal de 1995 dispensará, por fin, protección penal autónoma a los bienes jurídicos ambientales, (la afectación de la salud de las personas solo actuará ya como agravante, no como epicentro de la tutela) desligándolos de otros de distinta naturaleza.²¹ De esta manera, el conjunto de delitos medioambientales se ubica en el Título XVI del Libro II del Código Penal “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”.²²

3.2 las diversas teorías sobre el concepto de medio ambiente al que se refiere el Título XVI CP.

La ordenación que el legislador hizo del Título XVI²³ creó dudas y confusión en la doctrina, acerca de cuál era el bien jurídico protegido en los tipos sobre fauna y flora, fruto de las cuales surgieron distintas interpretaciones:

La primera vertiente, con concepciones antropocéntricas puras, entiende que el bien jurídico protegido es el medio ambiente unido a la salud de las personas. En opinión de BUSTOS RAMIREZ, J. El medio ambiente es un bien jurídico referido a la seguridad común, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de todas y cada una de las personas. Su protección es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo.²⁴

Posiciones más moderadas defienden por ejemplo autores como OCHOA FIGUEROA, A. quien dice que *“En nuestros días es difícil considerar una norma antropocéntrica pura, pero también sería complicado establecer normativas con visión ecocéntrica pura, sobre todo porque nos veríamos atacando uno de los objetivos del Derecho: la regulación de los intereses y las acciones humana. No*

2. *“Que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos.*

3. *“Que se alteren significativamente las condiciones de vida animal o vegetal.*

4. *“En todo caso, cuando ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados.*

²¹ TERRADILLOS BASOCO, J: “Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX (1996) Págs. 296-327.

²² Tras la reforma de 22 de Junio de 2010 la rúbrica será *“De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”*

²³ Capítulo I: *“de los delitos sobre la ordenación del territorio y el patrimonio”*;

Capítulo II: *“De los delitos sobre el patrimonio histórico”*;

Capítulo III: *“de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”*;

Capítulo IV *“De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos”*;

Capítulo V *“Disposiciones comunes”*

²⁴ BUSTOS RAMIREZ, J. *Manual de derecho penal. Parte especial.* 2ª ed. Ariel, Barcelona, 1991, Pág.260.

es posible poner como centro de protección al medioambiente sin importar el lado humano y viceversa".²⁵ Para estos autores el medioambiente es un bien jurídico colectivo que no deja de tener en cuenta al ser humano.

Por otro lado, desde una visión más ecocéntrica tenemos a CARMONA SALGADO, C. esta autora entiende que el bien jurídico protegido en los capítulos III y IV es el medio ambiente. En palabras textuales *"aunque el interés jurídico por excelencia es la biodiversidad, esta acepción no reúne, en ningún caso, los ingredientes necesarios para conformar un bien jurídico, susceptible de ser tutelado de forma aislada e independiente del concepto jurídico de medioambiente"*. Siguiendo esta postura los delitos de contaminación constituirían tipos de peligro, y los relativos a la fauna y la flora tipos de lesión. De ser así, los tipos de lesión deberían haber recibido una respuesta punitiva mayor que los tipos de peligro, cosa que no ocurre en el Código Penal.²⁶

BLANCO LOZANO, C. sostiene que el bien jurídico protegido serán la fauna y la flora en sí mismas como componentes del patrimonio natural. Recibiendo un tratamiento análogo al del patrimonio histórico, serían tutelados por sus valores estéticos y culturales y no por su importancia para el mantenimiento del equilibrio ecológico. Esta teoría establece un tipo de lesión que se consumaría cada vez que se probara el menoscabo del animal o planta.²⁷ En mi opinión, esta concepción tan restrictiva haría imposible una tutela efectiva del medioambiente.

En sintonía con la teoría anterior, BOIX REIG y JAREÑO REAL también creen que los delitos contra la fauna y la flora castigan conductas directamente lesivas para las especies vegetales y animales, sin embargo, estos autores añaden que esta lesión acarrea una perturbación del equilibrio ecológico y que supone un riesgo para el medio ambiente. Razón por la cual, el legislador establece que el tipo consumado solo se dará al actuar de forma especialmente lesiva para la fauna en general, o cuando afecte a determinadas especies o subespecies que por determinadas características se encuentren en situación de amenaza.²⁸

Según la tesis sostenida por CARO CORIA, el bien jurídico protegido es el ecosistema. Los delitos contra la fauna y la flora constituirían según él, tipos de resultado lesivo, en la medida en que un atentado a los elementos bióticos del ambiente natural

²⁵ OCHOA FIGUEROA, A. "Medio ambiente como bien jurídico protegido, ¿Visión antropocéntrica o ecocéntrica?" *Revista de derecho penal y criminología*. 3ª Época nº11 (Enero de 2014) Págs.285 y 286.

²⁶ Citado por HAVA GARCIA, E. (Obra cit.) pág. 263.

²⁷ Citado por HAVA GARCIA, E. (obra cit.) pág. 264.

²⁸ Citado por HAVA GARCIA, E. (obra cit.) pág. 264 y 265

equivaldría a una micro-lesión de la estabilidad de dichos ecosistemas. Considera que los delitos medioambientales, en lugar de tipificar la lesión o puesta en peligro de todo el contenido del bien jurídico, describen resultados lesivos o de peligro concreto “*de objetos que cumplen una función representativa del bien jurídico-penal.*”²⁹

Por último, HAVA GARCIA, E. defiende que “*el bien jurídico protegido es la biodiversidad, que posee entidad suficiente para constituir un bien jurídico autónomo, ya que a su importancia como elemento del ambiente se añaden otras consideraciones.*” Además se desmarca de la teoría de CARO CORIA, al entender que el daño al objeto material del delito hace que la mayoría de conductas típicas del capítulo IV deban catalogarse como delitos de resultado pero no necesariamente de lesión, pues de no hacerlo estaríamos mezclando dos criterios de clasificación diferentes: el que establece delitos de resultado o de mera actividad (Óptica físico material), con el que establece delitos de peligro o de lesión (clasificación que atiende a la entidad del ataque). Entiende que habrá que comprobar si el resultado naturalístico (producido por la destrucción o el menoscabo de la planta o animal, es decir, óptica físico material) ha puesto en peligro o ha lesionado la diversidad biológica para confirmar la existencia de un injusto penal. Esta confusión terminológica, explica la autora, conlleva el riesgo de desembocar, o bien en una tendencia a castigarlo todo, considerando cualquier destrucción de un objeto determinado como micro-lesión del bien jurídico al que representan. O por el contrario, por resultar imposible probar la lesión o puesta en peligro del equilibrio biológico en ningún caso, a un archivo generalizado de las causas penales.³⁰

3.3 El bien jurídico protegido en los delitos contra la fauna, la flora y los animales domésticos (art.332 a 337 bis CP)

Aún a día de hoy, son diversas las formulaciones que emplea la doctrina a la hora de referirse al bien jurídico protegido en los artículos 332 a 336 CP. Los artículos 337 y 337 bis merecen consideración a parte por sus singularidades.

Autores como OCHOA FIGUEROA hablan simplemente de medio ambiente, en un sentido general³¹ para los arts. 332 a 336. Mientras que otros como Muñoz Llorente lo definen como “la protección de los ecosistemas y de la fauna y la flora silvestre”.³²

²⁹ Citado por HAVA GARCIA, E. (obra cit.) pág. 265 y 266.

³⁰ HAVA GARCIA, E. (obra cit.) pág. 268 y 269

³¹ OCHOA FIGUEROA, A. “Medio ambiente como bien jurídico protegido, ¿Visión antropocéntrica o ecocéntrica? *Revista de derecho penal y criminología*. 3ª Época nº11 (Enero de 2014)

³² MUÑOZ LLORENTE, J. “Los delitos relativos a la flora, fauna y animales domésticos (o de cómo no legislar en derecho penal y cómo no incurrir en despropósitos jurídicos) *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª Ep. Nº19 (2007) Pág. 312).

Sin embargo, la expresión que maneja la mayoría de la doctrina, en la que converge todo ese torrente terminológico dejando sin importancia la discrepancia, pues engloba todos los matices que poseen este conjunto de artículos del capítulo IV, salvo el 337 y 337 bis, es el de diversidad biológica o biodiversidad³³. Entendida está a la luz de la definición que da el Convenio de Naciones Unidas sobre uso sostenible de la diversidad biológica de 1992, en su artículo 2: “*Por diversidad biológica se entiende la variabilidad de 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*”. Definición que el ordenamiento español recogió en el apartado 3, del artículo 3, del título preliminar de la Ley 42/2007 de 13 de diciembre, *del patrimonio natural y de la biodiversidad*.

La razón de analizar a parte los artículos 337 y 336 bis, es que, a pesar de encontrarse en ubicados en el capítulo IV, poco tienen que ver con el resto de artículos (332- 336). Razón por la cual han sido objeto de una dura crítica por parte de la doctrina.

En el Código Penal de 1995 el maltrato cruel a un animal doméstico o a otro tipo de animal en espectáculos no autorizados se recogía solo a modo de falta³⁴ en el artículo 632.³⁵ Es en la reforma de la LO de 15/2003, de 25 de noviembre, donde el legislador decidió introducir esta conducta a modo de delito en un nuevo artículo 337 con la siguiente redacción: “*Los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de su profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales*”³⁶, y ubicarlo dentro de “los delitos relativos a la protección de la fauna y la flora”, modificando además esta rúbrica, que pasó a

³³ En ese sentido GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. “Los delitos contra la flora, la fauna y los animales domésticos, Análisis doctrinal (...)” *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*. Nº15-11, 2013 pág. 11:3: “*Estos delitos tienen como bien jurídico común el medio ambiente, aunque referido en este caso a los factores bióticos del mismo: flora y fauna, lo que repercute directamente en la biodiversidad*.” MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2013. pág. 511. O HAVA GARCIA, E. (Obra cit.) Pág.268: “*Definida como la variabilidad de organismos vivos y de complejos ecológicos de los que forman parte (diversidad genética, de especies y de ecosistemas)*”

³⁴ Artículo éste no exento de crítica debido a que las normas administrativas imponían sanciones superiores a las impuestas por la falta. En opinión de SERRANO GOMEZ/SERRANO MAÍLLO: “*Tal vez hubiera sido suficiente con las sanciones administrativas que se recogen en las disposiciones legales sobre protección de animales, algunas más severas que las del CP*” SERRANO GOMEZ/SERRANO MAÍLLO *Derecho penal. Parte especial*. 6ª.Ed. Madrid, 2011. Págs. 1076-1077

³⁵ Atr.632.2 CP: “*Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con la pena de multa de diez a treinta días.*”

³⁶ Esta redacción, de la que MUÑOZ CONDE dijo que “*Cae casi en los límites del esperpento*” (MUÑOZ CONDE (Obra cit.) Pág. 600) planteó numerosas dudas interpretativas que tuvieron que resolver las posteriores LO 5/2010 y LO 1/2015, a través de la eliminación de las faltas, la creación del artículo 337 bis y una nueva redacción de los artículos.

ser: “de los delitos relativos a la protección de la fauna, la flora y animales domésticos”.³⁷ Además, en conexión con este artículo se introdujo la falta del art.631.2 en relación al abandono de animales domésticos.³⁸ Falta esta derogada tras la reforma del 2015, al quedar subsumida dentro del art. 337 bis.

Este planteamiento suscitó grandes críticas a tenor de la dificultad que causó, y aun causa, a la doctrina la determinación del bien jurídico protegido. La opinión de MUÑOZ CONDE al preguntarse cuál es el bien jurídico en este delito “¿La propia sensibilidad del animal? ¿Los buenos sentimientos de la mayor parte de la población hacia ellos? ¿La vida y la salud animal?” Es fiel reflejo del pensamiento de los autores en ese momento.³⁹

Según buena parte de los autores, no puede considerarse que el bien jurídico protegido en este caso sea la biodiversidad, como en el resto de artículos de este capítulo. Como explica MUÑOZ LLORENTE,⁴⁰ lo único que tienen en común estos preceptos, es que el objeto material sobre el que recae el hecho delictivo es un animal. Sin embargo, resulta difícil asimilar que los animales domésticos formen parte del medioambiente, ya que su integridad física, objeto del maltrato, en ningún caso supone un desequilibrio en el ecosistema o una lesión a la biodiversidad⁴¹. Intentando dar respuesta a esta cuestión, parece que el camino seguido por esta tesis nos lleva a la visión del bien jurídico protegido desde un prisma de base antropocéntrico, poniendo el foco en los sentimientos humanos de amor o compasión hacia los animales,⁴² las “obligaciones bioéticas” del hombre hacia los animales, o el interés moral de la sociedad⁴³.

³⁷ La ubicación en el código Penal también fue objeto de crítica, al entender los autores que defendían que el bien jurídico protegido no era el medio ambiente, que por tener unas características que lo diferenciaban tanto del resto de artículos, debía de colocarse en otro lugar junto a preceptos de similar naturaleza. MUÑOZ LLORENTE será partidario de crear un Título específico siguiendo al Título XVI, dentro de Libro II, en el que se tipifique únicamente el delito de maltrato de animales domésticos. (MUÑOZ LLORENTE, J. (Obra cit.) pág. 314); Cabe decir, que ni la Reforma de 2010, ni la posterior de 2015 del CP, han solucionado este problema de ubicación sistemática.

³⁸ Art 631.2 CP (Derogada): “*Quienes abandonen a un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad serán castigados con una pena de multa de quince días a dos años.*”

³⁹ MUÑOZ CONDE, F. (Obra cit.) Pág. 518.

⁴⁰ MUÑOZ LLORENTE, J. (Obra cit.) págs. 312 y 313.

⁴¹ Especialmente crítico, GUZMÁN DALBORA señala que “*parece en verdad forzado admitir que el maltrato de un animal doméstico perjudique las condiciones del entorno, salvo que dejemos correr libremente nuestra fantasía y atribuyamos a gatos, perros y canarios una función ecológica.*” GUZMÁN DALBORA, J. L. “El delito de maltrato de animales” *La ciencia del derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir. José Luis Díez Ripollés (Dir.)* Tecnos, 2002 Pág.1335

⁴² MARQUÈS I BANQUÉ, M. “Delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos” en *Quintero Olivares (Dir.) Comentario a la reforma penal 2015*. Aranzadi, 2015

⁴³ En este sentido GARCIA RIVAS dice “*lo que el legislador pretende es imponer, por vía penal, un determinado concepto ético sobre las relaciones entre el hombre y los animales*” GARCIA RIVAS en *Álvarez*

Otros autores como GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. siguiendo tesis de carácter más ecocéntrico, defienden que es la propia vida y/o la salud de los animales el bien jurídico protegido en estos preceptos. Argumentan que asumir el cuidado de animales conlleva una responsabilidad respecto a ellos, y que a pesar de que el Derecho Penal pueda servir para concienciar, no puede usarse únicamente con esta misión limitándose a cumplir una función simbólica.⁴⁴

Por último, también desde una postura de corte ecocéntrica, tenemos la teoría que siguió el legislador en el año 2003, según la cual los animales domésticos si estarían incluidos en la definición de medio ambiente en sentido amplio, y por tanto, el bien jurídico protegido en el artículo 337 sería el mismo que en el resto de preceptos con los que comparte capítulo. Autores como SERRANO TARRAGA/ SERRANO MAÍLLO/ VÁZQUEZ GONZÁLEZ abogan por esta tesis.⁴⁵

Desde mi punto de vista, y a la luz de que la tipificación como delito del maltrato a los animales domésticos surgió a raíz de una fuerte presión social provocada por un considerable crecimiento en el número de casos de maltratos, y no atendiendo a un cambio en la concepción del término animal doméstico, me inclino a pensar que el bien jurídico a tutelar por el legislador tenía más que ver con las obligaciones bioéticas o con el interés moral de la sociedad, que con la propia protección de la vida de dichos animales.

jarciá (Dir.) La adecuación del Derecho penal española al Ordenamiento de la Unión Europea. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009. Pág. 630

⁴⁴ GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:41

⁴⁵ SERRANO TARRAGA/ SERRANO MAÍLLO/ VÁZQUEZ GONZÁLEZ. *Tutela penal ambiental.* Dykinson. Madrid, 2009

4. LA TÉCNICA LEGISLATIVA: LAS LEYES PENALES EN BLANCO

Debido a la complejidad, variabilidad, y amplitud de alcance de las materias abordadas en el Título XVI, desde el principio, hemos visto como la protección penal de la flora y la fauna se articula desde la convivencia de dos ramas del derecho, la administrativa y la penal.⁴⁶ Estipulándose así, un modelo de accesoriedad del derecho penal respecto del derecho administrativo⁴⁷ derivado, en gran medida, del principio de intervención mínima y la exigencia de que el Derecho penal sea *ultima ratio*. Y conformando un extenso entramado de normas estatales y autonómicas (aunque también podemos encontrar normas de Derecho Internacional⁴⁸ o de la Unión Europea), en el que cohabitan, (carácter estatal) la Ley 42/2207, de 13 de diciembre, del Patrimonio natural y de la Biodiversidad (LPNB)⁴⁹ y los Reales Decretos: 1095/1989, de 8 de septiembre⁵⁰; 139/2011, de 4 de febrero⁵¹; 556/2011, de 20 de abril⁵²; y 630/2013, de 2 de agosto⁵³, con las normativas que hayan dictado las Comunidades Autónomas dentro de sus competencias.

⁴⁶ Expone BACIGALUPO ZAPATER, E.: “los nuevos ámbitos de criminalización en el derecho penal – delitos económicos y ecológicos—se caracterizan porque la amenaza penal tiende a reforzar el cumplimiento de normas administrativas que imponen deberes de hacer y obligaciones de omitir.” “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente.” *Estudios penales y criminológicos*, nº5. 1980-1981 pág. 196; En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, J. “Protección penal del medio ambiente...” Pág. 307 ; En el mismo sentido STC 120/1998, de 15 de junio (BOE nº 170, de 17 de julio de 1998)

⁴⁷ BRANDARIZ GARCÍA, J.A. “La problemática de las leyes penales en blanco” Dirigido por FARALDO CABANA,P. *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; En el mismo sentido BACIGALUPO ZAPATER,E. “La instrumentación...”pág. 196

⁴⁸ ESTRADA OYUELA, R.A “Notas sobre la evolución reciente del Derecho Ambiental Penal” en ESTRADA OYUELA/ZEBALLOS DE SISTO, *Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional*. A-Z editora. Buenos Aires, 1993.

⁴⁹ Modificada por la Ley 7/2018, de 20 de Julio, a fin de compatibilizar la lucha contra las especies exóticas invasoras, con su aprovechamiento para la caza y la pesca en aquellas áreas donde su presencia no suponga un problema ambiental.

⁵⁰ Real Decreto 1095/1989, de 8 de diciembre, por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca y se establecen normas para su protección. BOE Nº218 de 12 de septiembre de 1989. Actualizado por el real decreto 1015/2013 de 20 de diciembre.

⁵¹ Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catalogo español de Especies Amenazadas. BOE Nº46 de 23 de febrero de 2011. Modificado por la Orden AAA/1771/2015, de 31 de agosto.

⁵² Real Decreto 556/2011, de 20 de abril, para el desarrollo del Inventario Español del Patrimonio Natural y la Biodiversidad. BOE Nº 112 de 11 de mayo de 2011.

⁵³ Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el catalogo español de especies exóticas invasoras. BOE Nº 185 de 3 de agosto de 2013. Modificado por la Sentencia nº 637/2016, de 16 de marzo del Tribunal Supremo.

A fin de lograr un sistema coordinado y global entre ambos cuerpos normativos, el legislador, explica HAVA GARCIA, conecta la tutela penal con la administrativa a través de la técnica de la ley penal en blanco, aunque en su opinión , esto ocurre quizás con excesiva frecuencia.⁵⁴

El uso de esta técnica legislativa, a pesar de las múltiples críticas y debates que ha generado a tenor de su característica formulación sumada, como explicábamos al principio, a las grandes dificultades que conlleva la materia en la que nos encontramos, ha sido abrazada por la mayoría de la doctrina, así como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵⁵. Entienden que, en determinados casos no es posible una plena delimitación de las conductas prohibidas en sede penal⁵⁶, y que además, el recurso de esta técnica es un signo distintivo de la intervención penal en la tutela de riesgo para intereses colectivos, ámbito que tradicionalmente se atribuía al Derecho Administrativo.⁵⁷

En las siguientes páginas vamos a intentar abordar las distintas controversias generadas alrededor del uso de las leyes en blanco, sin embargo creo, que antes de entrar de lleno en el asunto, conviene definir de manera adecuada este instrumento normativo y sus características.

4.1 Leyes penales en blanco: terminología, definición, características, función y tipos

4.1.1 Terminología

El termino de ley penal en blanco fue acuñado en 1872, por el jurista alemán BINDING, K. (traducción del término “Blankettstrafgesetzen”)⁵⁸ para definir a un grupo de normas que recogía el Código Penal, en las que, aunque se preveía la sanción a aplicar,

⁵⁴ HAVA GARCIA, E. *Protección jurídica de la fauna y flora en España*. Editorial Trotta, Valladolid, 2000. Pág. 276

⁵⁵ SSTC 127/1990, de 5 de julio (BOE nº181, de 30 de julio de 1990) Relativa la vertido de 4000 litros de lechada de cal en el Río Órbigo por parte de una fábrica azucarera.

SSTC 62/1994, de 28 de febrero (BOE nº71, de 24 de marzo de 1994) Relativa a la muerte de las truchas de la piscifactoría “AGROFISH, S.A” debido a los vertidos de una entidad llamada “Caolines de Vimianzo, S.A”

⁵⁶ Explica BRANDARIZ GARCÍA, J.A. “De este modo, intenta armonizar las garantías inherentes al principio de legalidad con la necesaria actualización normativa permitida por las disposiciones administrativas” BRANDARIZ GARCÍA, J.A. “La problemática...” pág. 106

⁵⁷ GOMEZ RIVERO, M.C *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. Pág. 23

⁵⁸ BINDING, K. *Die Normen und ihre Übertretung*. Liezpig, 1916.

se asignaba a supuestos de infracción de disposiciones establecidas por autoridades administrativas.⁵⁹ Pronto, tanto los tribunales como la doctrina asumieron el uso de este término, aunque podemos encontrar otras denominaciones como por ejemplo “conminaciones penales ciegas” (“blinde Strafdrohung”) ⁶⁰, “leyes penales incompletas” (“unvollständige Strafgesetze”) “disposición penal subsidiaria” o “ley penal abierta”.⁶¹

A día de hoy el término más utilizado es el de “leyes penales en blanco”, también es común el empleo de “normas penales en blanco” o “tipos penales en blanco”, siendo indiferente su uso. Aunque, según la opinión de DOVAL PAIS, la elección del termino puede poner en evidencia más unos problemas que otros, dentro de los que plantean estas estructuras.⁶²

4.1.2 Definición, características y función

“Las leyes penales en blanco son preceptos penales principales, que contienen la sanción o consecuencia jurídica, pero no expresan íntegramente el supuesto de hecho o conducta delictiva, pues el legislador para tales efectos, se remite a normas no penales del mismo o inferior rango, a otras leyes, reglamentos o actos de la administración.”⁶³

Hablamos por tanto, como característica principal, que son preceptos penales que remiten a otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de los elementos específicos de la norma secundaria.⁶⁴ Es decir, son preceptos que necesitan un complemento. Su razón de ser parece encontrarse en la necesidad de ciertas materias de contar con un marco típico flexible que posibilite su adaptación a los diversos casos en los que los ataques pueden venir de diversas direcciones⁶⁵, o tratarse de sectores en constante

⁵⁹ DOVAL PAIS, A. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. Pág. 96

⁶⁰ Acuñado por HEINZE, C.F.R en 1871.

⁶¹ DOVAL PAIS, A. “*Posibilidades...*” Pág. 97

⁶² En palabras de este autor *“usar el término “ley penal en blanco” permite resaltar más las dificultades que ofrecen en cuanto a su conciliación con los presupuestos fundamentales de toda ley penal (legalidad e igualdad), mientras que el aludir a “normas penales en blanco” posibilita tener más presentes los aspectos de su incompletitud como estructura normativa. El referirse a “tipos penales en blanco” destaca los problemas en la determinación del tipo”*. DOVAL PAIS, A. “*Posibilidades...*” Pág. 98

⁶³ABEL SOUTO, M. “Las leyes penales en blanco” *Nuevo foro penal n° 68*. Julio-diciembre 2015. Págs. 14 y ss.

⁶⁴ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general. 8ª ed.* Editorial Reppertor. Barcelona, 2006. Pág. 66

⁶⁵ DOVAL PAIS, A. “*Posibilidades...*” Págs. 107 y ss.

evolución, avance (salud, medio ambiente, integridad física) o condicionamiento por distintos factores sociales o técnicos⁶⁶, en los cuales la actividad normativa es continua.⁶⁷

Este complemento fue concebido en su origen como autorización o delegación de un órgano legislativo superior a uno inferior. Siendo, por tanto, válido únicamente en virtud de la jerarquía de las fuentes (BINDING). En la concepción actual, el legislador maneja un concepto algo más amplio, más centrado en la ubicación normativa, con el propósito de abarcar todos los casos en que este complemento se halle fuera de la Ley o el Código de que se trate, dejando en un segundo plano la jerarquía de fuentes, lo que da lugar a distintos tipos de leyes penales en blanco.⁶⁸

4.1.3 Tipos

Encontramos una doble clasificación de las leyes penales en blanco, que distingue entre propias e impropias, y totales o parciales.

Siguiendo la primera ordenación tenemos:

a) *Propias*: Son aquellas en las que el tipo penal se complementa con remisiones a normas de rango inferior, primando ante todo el criterio de la jerarquía de fuentes. Podríamos definir este tipo como las leyes penales *stricto sensu* ya que obedecen a la concepción original de BINDING.⁶⁹

b) *Impropias*: Son las leyes penales en blanco en sentido amplio, en estas la remisión no ha de ser a una norma de rango inferior, puede ser del mismo rango. Incluso ser una norma de Derecho Internacional⁷⁰. MEZGER en contraposición a BINDING fue quien estipuló esta vertiente más amplia al añadir dos supuestos: el primero en el que el complemento se encuentre en la misma ley pero en otro lugar de su texto (reenvío interno), y el segundo

⁶⁶ “Materias estrechamente vinculadas a sectores muy dinámicos del ordenamiento jurídico distintos del derecho penal, fuertemente condicionados, además, por circunstancias histórico-sociales concretas” GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. *Derecho Penal. Introducción*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2006.

⁶⁷ ABEL SOUTO, M. “Las leyes penales..” págs. 20-21

⁶⁸ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*. P.66 y 67

⁶⁹ BRANDARIZ GARCÍA, J.A. “La problemática...” pág. 106-107; ABEL SOUTO, M. “Las leyes penales..” pág. 16

⁷⁰ Como ejemplo el Art.371 CP: “1. el que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988...”

caso, en que este se encuentre en otra ley pero emanada de la misma instancia (reenvío externo)⁷¹

Atendiendo a la segunda ordenación encontramos:⁷²

a) *Leyes penales parcialmente en blanco*: Son aquellas en las que el legislador remite únicamente algunos aspectos del tipo a otras instancias.

b) *leyes penales totalmente en blanco*: Aquellas en las que el legislador remite todos los aspectos del tipo. En nuestro ordenamiento no están permitidas al vulnerar el principio de legalidad, como veremos más adelante.

4.1.4 Principales problemas en relación a las leyes penales en blanco

Fruto de la convivencia entre derecho penal y administrativo, de esa necesaria conexión entre disposiciones tan distintas, surgen problemas tanto de índole técnica como jurídico-política, sobre los que la doctrina ha ido debatiendo y reflexionando prolíficamente.

a) La seguridad jurídica desde el prisma del principio de taxatividad

Nos encontramos ante un problema técnico, en el que el principal debate tiene que ver con el principio de taxatividad de las normas penales, que exige certeza, precisión y concreción a la hora de formular los supuestos de hecho, en aras de la seguridad jurídica. Sin embargo, la gran cantidad de remisiones de muy distinto origen e importancia, así como las incesantes modificaciones de estos preceptos, dificultan el acceso y el conocimiento de la ley por parte de los operadores del derecho, entorpeciendo su labor y poniendo en riesgo la seguridad jurídica.⁷³

Por otra parte, y de igual manera que para los operadores, el conocimiento de este conjunto normativo para los ciudadanos, que son los principales sujetos obligados al cumplimiento de estas normas, será según palabras de BRANDARIZ GARCÍA “tendencialmente inmanejable”. De este modo, queda en entredicho la eficacia preventiva de las normas, pues difícilmente se puede evitar realizar una conducta ilícita, si se desconoce dicha ilicitud. Además de fomentar el error, tanto de tipo (ej. el sujeto que caza

⁷¹ DOVAL PAIS, A. “Posibilidades...” Pág. 100

⁷² Explicado por BRANDARIZ GARCÍA, J.A. “La problemática...” págs. 106-107

⁷³ TERRADILLOS BASOCO, J. “Protección penal del medio ambiente...” Pág. 308

una especie amenazada sin autorización administrativa creyendo que no la necesita) como de prohibición. (ej. el sujeto realiza una conducta creyendo que lo hace con autorización o interpretando de forma errónea el contenido de dicha autorización).⁷⁴

Parte de la doctrina, para solucionar este problema, ha demandado la formulación de una ley general de medio ambiente, que mejore la coordinación normativa reforzando así la taxatividad de los tipos. Aunque en opinión de MORALES PRATS esta ley, para poder coordinar de manera adecuada las distintas disposiciones y evitar una rápida obsolescencia debería tener únicamente un carácter programático⁷⁵.

b) El principio de legalidad, el fundamento democrático y la división de poderes

El principio de legalidad establece que, únicamente la ley, que con carácter previo haya sido aprobada por el Parlamento va a poder determinar qué comportamientos humanos constituirán delitos y por tanto, a qué conductas se les puede imponer sanciones y el contenido de las mismas. En concreto en el ámbito penal, el principio de reserva de ley, por el cual, toda materia penal debería ser regulada por ley, refleja la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*) de este principio de legalidad.

En la técnica legislativa de las leyes penales en blanco, en contraposición a los que acabamos de definir, vamos a ver como se generan remisiones extrapenales de diverso rango (reglamentos, pactos y convenios internacionales, disposiciones municipales...), que muchas veces emanan de autoridades administrativas, pudiéndose vulnerar este principio de reserva de ley. Además, se corre el riesgo de dejar en manos del ejecutivo, fruto de esta accesoria del derecho penal, la selección de conductas penalmente relevantes, quebrantando el principio de separación de poderes y su fundamento democrático.

El Tribunal Constitucional desde el principio se ha mostrado favorable al empleo de esta técnica legislativa, y ha dedicado gran esfuerzo a delimitar las condiciones en las que es

⁷⁴ HAVA GARCÍA, E. “*Protección jurídica...*” pág. 285; En el mismo sentido, GARCÍA COSTA, F.M “Capítulo VIII. A vueltas con la Ley Penal en blanco a propósito del artículo 325.1 del Código Penal” en CUESTA PASTOR, P.J (coord.) *La tutela penal del agua*. Dykinson, Madrid, 2011. Pág. 300
⁷⁵ MORALES PRATS, F. “La estructura típica de peligro en el delito ambiental” en PICÓN RISQUEZ, J. (Coord.) *Derecho medioambiental de la Unión europea*. McGraw-Hill, Madrid, 1996. Págs. 237-238

posible la articulación de las Leyes penales en blanco, estableciendo ciertas exigencias para su admisibilidad⁷⁶:

- La primera es que la remisión sea necesaria por razón de la materia, no meramente conveniente. Ha de ser necesaria por razones de protección y carecer de alternativas preferibles.
- La segunda es que esa remisión sea expresa, marcando unos límites en el recurso a la instancia inferior.
- La tercera, que además de establecer la pena, se mantenga en la norma penal el núcleo esencial de la prohibición remitiendo solo aspectos no esenciales del tipo. Y que dicho tipo se construya sobre una antijuridicidad material penal, siguiendo criterios de tipificación penales.
- Cuarta y última, es la certeza y concreción en la norma, quedando suficientemente precisada la conducta calificada de delito y la norma complemento a la que se reenvía.

c) Estructuración jurídico-política del Estado y las leyes autonómicas. Y problemática con el principio de igualdad.

Es habitual ver normas de carácter autonómico complementando las leyes penales en blanco. De hecho, el Art. 148.1 de la Constitución Española atribuye competencias a las Comunidades Autónomas en materias del Título XVI. Más concretamente a “la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda” (Art. 148.1.3 CE), “los montes y aprovechamientos forestales” (Art. 148.1.8 CE), “la gestión en materia de protección del medio ambiente” (Art. 148.1.9 CE), “la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial” (Art. 148.1.11 CE), o “el patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma” (Art. 148.1.16 CE)

Sin embargo, el Art. 149.1.6 CE establece que en materia de legislación penal y penitenciaria, el Estado tiene la competencia exclusiva⁷⁷. Y es aquí, donde aparece la primera problemática. ¿La remisión a normas autonómicas supone la vulneración de la distribución competencial de la Constitución? El Tribunal Constitucional entiende que siempre que se cumplan las exigencias que hemos visto en el epígrafe anterior no se vulnera el marco establecido por los arts. 148 y 149 CE. Como dice en la STC 120/1998, de 15 de julio: “Nuestro ordenamiento ha adoptado una estructura compuesta, en la que están llamadas a coexistir

⁷⁶ Podemos ver estas exigencias en las sentencias: STC 127/1990, de 5 de julio; STC 62/1994, de 28 de febrero; STC 145/2013, de 11 de julio; STC 118/1992, de 16 de septiembre.; En el mismo sentido, GARCÍA COSTA, F.M “Capítulo VIII. A vueltas con la Ley Penal en blanco...” Pág. 292

⁷⁷ Art 149.1.6 CE “El estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 6º. Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.”

la legislación estatal y la legislación autonómica. La función que corresponde al Estado de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 149.1.1ª CE), no puede ser entendida de tal manera que vacíe de contenido las competencias que las Comunidades Autónomas asuman al amparo del art. 148 de la Constitución y de sus propios estatutos de Autonomía, que han de ser respetadas en sus propios términos”.

Desde un distinto punto de vista, aparece otro problema respecto de las normas autonómicas que tiene que ver con el principio de igualdad recogido en los artículos 14⁷⁸ y 139.1⁷⁹ de la Constitución española. Y es que, puede darse el caso en que una misma conducta genere responsabilidad penal o no dependiendo del ámbito territorial en el que se sitúe. Vulnerando de este modo, según parte de la doctrina el principio de igualdad⁸⁰. A este respecto, el Tribunal Supremo en la STS 18-11-1991, de noviembre de 1991 dice que “*no hay desigualdad entre todos los españoles porque algunas disposiciones de los gobiernos autonómicos marquen diferencias respecto del resto del Estado, en materia penal (...) porque la Ley de tal jurisdicción sigue siendo estatal y territorial*” Por su parte el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia entiende que siempre que la desigualdad no comporte arbitrariedad en la diferencia de trato, el distinto tratamiento de una materia por las distintas Comunidades Autónomas, no vulnera el principio de igualdad⁸¹ mientras lo fundamente debidamente en la protección de unos determinados intereses⁸². Y siempre que estas normas “*no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio*”⁸³

⁷⁸ Art. 14 CE: “*Todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”

⁷⁹ Art. 139.1 CE: “*Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado*”

⁸⁰ Sosteniendo esta crítica, autores como SANCHEZ GASCÓN, A. dicen: “*No existe igualdad jurídica si una misma conducta es punible o no en función del territorio en el que el sujeto se encuentre y no en función, del actor realizado y de las circunstancias atinentes al sujeto activos*” En SANCHEZ GASCÓN, A. *Delitos contra la flora y la fauna: Especies amenazadas. Caza y pesca*. S.L Exlibris ediciones, Madrid, 1998. Págs. 25 y 26

⁸¹ La STC 120/1998, de 15 de julio expone: “*La ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente los arts.1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1ª de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino que, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales.*”

⁸² BRANDARIZ GARCÍA, J.A. “La problemática...” págs. 108 y ss

⁸³STC 120/1998, de 15 de julio

La doctrina mayoritaria parece secundar al Tribunal Constitucional, SILVA SÁNCHEZ, por ejemplo, explica que “La igualdad en sí no puede evitar cierta desigualdad ante lícitos elementos diferenciadores aunque, eso sí, con suficiente justificación, objetiva y razonable”⁸⁴

d) *La norma penal en blanco y la retroactividad de la ley penal favorable.*

Para que un comportamiento sea considerado delito por el ordenamiento, debe aparecer en una ley dictada con anterioridad a la fecha de su comisión, al igual que su sanción. Así se establece en el artículo 25.1 de la Constitución⁸⁵ y en el artículo 2.1 del Código Penal⁸⁶, conformando “el principio de irretroactividad penal” como una garantía del principio de legalidad cuyo fin último se encuentra en afianzar la seguridad jurídica. Los ciudadanos solo pueden guiar su comportamiento conforme a las leyes vigentes en ese momento, no tienen forma de conocer las leyes futuras, y de este modo, por tanto, se evita que estos puedan ser víctimas de la intervención abusiva y arbitraria del Estado en un momento posterior, menoscabando así sus libertades individuales⁸⁷.

Sin embargo, se da en el ordenamiento jurídico, una excepción al principio de irretroactividad. Y lo encontramos en el artículo 2.2 del Código Penal que dice así: “No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme, y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario” Por tanto, y a tenor de este artículo, en caso de que la modificación de la Ley Penal sea favorable al ciudadano, es decir, cuando no vulnere sus libertades individuales, sí que puede aplicar el carácter retroactivo.

⁸⁴ SÁNCHEZ SILVA, J.M. “¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Penal? En *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº1, 1993. p. 974; En la misma línea doctrinal ALVAREZ GARCÍA, F.J *Introducción a la teoría jurídica del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. P. 24-25; JIMÉNEZ BALLESTER, F. “Ponencia: Delitos relativos a la flora y fauna. Tipos penales en blanco y relación con el derecho administrativo sancionador” Junta de Andalucía, año 2009. P.8 y ss; MORALES PRATS, F. “La estructura típica de peligro...” p.235-236

⁸⁵ Art.25.1 CE: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

⁸⁶ Art.2.1 CP: “No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad”

⁸⁷ BALDOMINO DÍAZ, R.A “(ir) retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco” en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. Vol.4 N°7, 2009. P.133 y ss

Este principio de retroactividad penal favorable afecta, como vemos a las leyes penales, pero, en el marco de las leyes penales en blanco ¿Cabe la aplicación de este principio enunciado en el art.2.2 CP, sobre la normativa extrapenal que actúa como complemento? A primera vista lo lógico parece ser, que puesto que las normas complementarias quedan integradas en el contenido de la ley penal, les sean aplicables sus principios y limitaciones. Pero tras una reflexión más profunda, la mayoría de la doctrina ha optado por una posición más cauta, huyendo de posiciones maximalistas y abogando por un análisis del caso concreto mediante el cual determinar en qué casos se puede aplicar la retroactividad y en qué casos no. En los supuestos en que la modificación responda únicamente a cuestiones fácticas no puede haber incidencia en la norma penal⁸⁸. Solo podrá haberla en los casos en que las modificaciones supongan una mutación de la valoración jurídica. En opinión de BALDOMINO DÍAZ, será preciso que esa modificación altere significativamente una institución penalmente protegida, dejándola sin efecto ni protección jurídico-penal, o disminuyendo de manera obligatoria, efectiva, y no meramente facultativa, el marco penal⁸⁹. CARRASCO ANDRINO, por su parte, sostiene que esa mutación de la valoración jurídica ha de hacer desaparecer la necesidad preventiva general y especial de penar el supuesto (la modificación supone la impunidad del hecho, que deja de ser delictivo)⁹⁰. Y en la misma línea, LASCURAIN SÁNCHEZ dice que habrá norma más favorable, cuando la modificación convierta el mantenimiento de la sanción en desproporcionado desde la perspectiva jurídico-penal propia del momento del enjuiciamiento⁹¹.

A la hora de determinar la ley penal más favorable, la doctrina afirma unánime, que no es posible que el legislador haga una aplicación mixta de distintas leyes, es decir, que seleccione lo más favorable de cada una de ellas, por que crearía de esta forma una tercera ley llamada *lex tertia*, lo cual está prohibido constitucional y legalmente a los jueces⁹².

⁸⁸ BRANDARIZ GARCÍA, J.A. “La problemática...” págs. 118-119.

⁸⁹ BALDOMINO DÍAZ, R.A “(ir)retroactividad...” pág. 138

⁹⁰ CARRASCO ANDRINO, M.M. “El daño a los elementos en un espacio natural protegido” en *Cuadernos de política criminal*, nº 71, 2000. Pág. 1083

⁹¹ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A *Sobre la retroactividad penal favorable*. S.L Civitas ediciones, Madrid, 2000. Pág. 70 y ss

⁹² BALDOMINO DÍAZ, R.A “(ir)retroactividad...” pág. 139

5. LOS DELITOS EN CONCRETO

Objeto de este epígrafe, es el desglose y estudio pormenorizado de los tipos delictivos concretos que constituyen el Capítulo IV del Título XVI del Código Penal.

5.1 Atentados contra la flora protegida (Artículo 332 del Código Penal)

5.1.1 Artículo 332 C.P.⁹³

“1. El que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, corte, tale, arranque, recolecte, adquiera, posea o destruya especies protegidas de flora silvestre, o trafique con ellas, sus partes, derivados de las mismas o con sus propágulos, salvo que la conducta afecte a una cantidad insignificante de ejemplares y no tenga consecuencias relevantes para el estado de conservación de la especie, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a dos años.

La misma pena se impondrá a quien, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, destruya o altere gravemente su hábitat.

2. La pena se impondrá en su mitad superior si se trata de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción.

3. Si los hechos se hubieran cometido por imprudencia grave, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa de cuatro a ocho meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a dos años.”⁹⁴

5.1.2 Sujeto activo y sujeto pasivo

Nos encontramos ante un delito común, ya que el sujeto activo puede serlo cualquier persona.⁹⁵

⁹³ Redactado conforme LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁹⁴ La anterior redacción conforme a LO 15/2003, de 25 de noviembre, era así: *“El que con grave perjuicio para el medio ambiente corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, o destruya o altere gravemente su hábitat, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses.”*

⁹⁵ GARCIA ÁLVAREZ, P. y LÓPEZ PEREGRÍN, C. “Los delitos contra la flora, la fauna y los animales domésticos. Análisis doctrinal y jurisprudencial, con referencia a la reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio.” *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2013. Pág.4

En cuanto al sujeto pasivo, a la luz del marco constitucional en su artículo 45, en el que habla de “*todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado...*” apreciamos como el medio ambiente se tutela desde la consideración de un interés general. Por lo tanto, el sujeto pasivo somos esos “*todos*”, es decir, el conjunto de la sociedad.

5.1.3 Objeto material

El objeto material lo conforman las especies protegidas o en peligro de extinción de flora silvestre, sus partes y propágulos en caso de tráfico, y su hábitat. Así como las especies y subespecies catalogadas en peligro de extinción.

Hasta esta reforma el objeto material del delito habían sido las “especies amenazadas”, lo cual implica una importante ampliación del concepto⁹⁶, esto supone, que para su determinación la referencia no serán únicamente el Catalogo Español de Especies Amenazadas⁹⁷ y a los Catálogos de las Comunidades Autónomas, sino que habrá que acudir obligatoriamente al Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, que establece la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (LPNB)⁹⁸. Además, tendrán que tenerse en cuenta las normas internacionales que rijan nuestro país, ya sean normativa comunitaria; como el Reglamento (CE) 398/2009 del Consejo⁹⁹, o el Reglamento (UE) 2019/2117 de la Comisión¹⁰⁰. O normativa internacional; como el Convenio de Washington sobre comercio internacional de especies amenazadas (CITES)¹⁰¹ que a día de hoy han ratificado 183 países.

La actual redacción del artículo define un tipo básico de especies protegidas (Apartado 1) y un tipo cualificado, de especies en peligro de extinción (Apartado 2).

⁹⁶ Esta ampliación en el término no ha estado exenta de críticas, en ese sentido MUÑOZ CONDE dice “*la sustitución del término, podría conducir a una aplicación del ámbito de lo típico difícilmente compatible con el principio de intervención mínima si no se realiza una interpretación restrictiva en función del bien jurídico protegido*” MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho Penal...*” pág.512

⁹⁷ Regulado por RD 139/2001, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de especies Amenazadas.

⁹⁸ BOE, N°299, de 14 de diciembre de 2007

⁹⁹ Reglamento 398/2009, de 23 de abril de 2009, que modifica el N° 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio en lo relativo a sus competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.

¹⁰⁰ Reglamento 2019/2117 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2019, que en aras de la claridad, sustituye la totalidad del anexo del Reglamento (CE) n° 338/97.

¹⁰¹ Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, sobre el comercio internacional de especies amenazadas. Ratificado por España en mayo de 1986. El último apéndice de este convenio está en vigor desde el 26 de noviembre de 2019.

a) Tipo básico: En primer término, es necesario determinar que se entiende por especies protegidas de flora silvestre dentro del apartado 1, para ello podemos acudir al RD 139/2011¹⁰² que en su art. 5 define especie silvestre en régimen de protección especial como: *“aquella especie merecedora de una atención y protección particular en función de su valor científico, ecológico y cultural, singularidad, rareza o grado de amenaza, argumentado y justificado científicamente; así como aquella que figure protegida en los anexos de las directivas y convenios internacionales ratificados por España, y que por cumplir estas condiciones sean incorporados al listado”* Además, este artículo establece que: *“La inclusión de especies, subespecies y poblaciones en el listado conllevará la aplicación de lo contemplado en los arts. 54, 56 y 76 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre”*. En el art. 6 se establecen los 3 mecanismos de inclusión, cambio de categoría y exclusión de especies en el listado y en el Catalogo, de tal modo, que para los casos de especies que figuren como como protegidas en las normas de la Unión Europea y en los convenios internacionales ratificados por España, el procedimiento se llevará a cabo de oficio por el Ministerio de Medio Ambiente (MARM), previa notificación a la Comisión Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad y previa consulta a las comunidades autónomas¹⁰³. En segundo lugar, la iniciación del procedimiento podrá llevarse a cabo por iniciativa de las comunidades autónomas y de las ciudades con estatuto de autonomía, mediante la remisión de una solicitud a la Dirección General de Medio Natural y Política Forestal del MARM siguiendo lo establecido en los artículos 53.1 y 55.2 de la Ley 42/2007, acompañada de la documentación científica justificativa.¹⁰⁴ Por último, se posibilita a cualquier ciudadano u organización para solicitar a la Dirección General la iniciación del procedimiento, aportando información científica justificativa, al menos, en relación al valor científico, ecológico, cultural, singularidad, rareza o grado de amenaza de la especie propuesta, así como las referencias de los informes y publicaciones científicas utilizadas¹⁰⁵.

En segundo lugar, se habla de los propágulos, término que suscitó diversas críticas en las anteriores redacciones por su falta de concreción y la consecuente inseguridad jurídica que generaba¹⁰⁶, ya que hasta el año 2014, la Real Academia de la Lengua (RAE) no incluyó la definición del término en el diccionario¹⁰⁷, y era necesario acudir a textos técnicos¹⁰⁸ para su

¹⁰² BOE, N°46 de 23 de febrero de 2011.

¹⁰³ Art.6.2 del RD 139/2011, de 4 de febrero.

¹⁰⁴ Art.6.3 del RD 139/2011, de 4 de febrero.

¹⁰⁵ Art.6.5 del RD 139/2011, de 4 de febrero.

¹⁰⁶ HAVA GARCIA, E. *“Protección jurídica...”* págs. 296-297

¹⁰⁷ 23ª Edición del Diccionario de la Lengua Española publicado en octubre de 2014

¹⁰⁸ *Diccionario de la naturaleza*. Espasa Calpe, Madrid. 1993. Define propágulo como: *“cualquier parte de un organismo capaz de dar lugar a otro nuevo”*

comprensión¹⁰⁹. La actual definición (RAE) establece que propágulo es: *“la parte de una planta capaz de originar vegetativamente otro individuo”*. Además, la redacción de la última reforma incluye *“(…) trafique con ellas, sus partes, derivados de las mismas o con sus propágulos”* en aras de una prolija definición del término.

Por último, para determinar a qué se refiere el tipo básico con hábitat, hemos de acudir de nuevo al RD 139/2011, que en su artículo 2 lo define como *“el medio definido por factores abióticos y bióticos específicos donde vive la especie en una de las fases de su ciclo biológico”*

b) Tipo cualificado (ap.2): Se articula para casos en los que se trate de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción. Para la aplicación de este tipo hemos de ir al artículo 55.1 de la ley 42/2007 que entiende por especie en peligro de extinción *“aquella cuya supervivencia es poco probable si los factores causales de su actual situación siguen actuando”*¹¹⁰ y estipula que habrán de incluirse en el Catálogo Español de Especies Amenazadas aquellas que se engloben tanto en la categoría de peligro de extinción, como en la de vulnerables (serán las que corren el riesgo de pasar a la categoría de peligro de extinción en un futuro inmediato si los factores adversos que actúan sobre ellas no son corregidos)

En los apartados 2, 3 y 4 de este artículo se dispone que las comunidades autónomas en sus respectivos territorios podrán establecer catálogos de especies amenazadas, así como incrementar el grado de protección de las especies recogidas en el Catálogo Español, lo que a ojos de la doctrina plantea dos problemas. El primero de ellos, es que el hecho de que las comunidades autónomas tengan competencias para establecer listados (a parte del listado nacional) de especies amenazadas en sus territorios, puede dar lugar a situaciones en que una conducta pueda ser delictiva en una comunidad y no en las comunidades limítrofes. Por otro lado, la existencia de una pluralidad de listados favorece el desconocimiento de las conductas típicas facilitando la incursión en un error de tipo por parte de los sujetos activos.¹¹¹

¹⁰⁹ Contrario a esta crítica, QUERALT JIMENEZ afirma que *“Los términos técnicos y, entre ellos los jurídicos, son como son, los recoja o no el Diccionario. Lo contrario supondría, como es obvio, la muerte del lenguaje, que por definición es vivo, lo que, a su vez supondría un atentado cultural de primer orden”*. QUERALT JIMENEZ, J.J. *Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra los intereses individuales y colectivos*. 3ª Edición. Bosch, Barcelona, 1996. (p.732)

¹¹⁰ En el mismo sentido, el RD 139/2007 en su art.2.14 habla de riesgo inminente de extinción para la situación en que una especie, según la información disponible, indique altas probabilidades de extinguirse a muy corto plazo.

¹¹¹ GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:41

5.1.4 Las conductas típicas

El tipo presenta tres comportamientos con un claro paralelismo con el art. 334, que veremos más adelante.

a) El primer comportamiento se refiere a conductas directamente destructivas de la especie: Cortar, talar, arrancar, recolectar o destruir. Todas estas conductas han de haberse realizado, para ser típicas, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, como así especifica el artículo, quedando expresamente configurado, de esta forma, como ley penal en blanco. En opinión de MUÑOZ CONDE esta enumeración es redundante, pues talar es un modo de cortar, y recolectar exige cortar o arrancar previamente¹¹².

De esta primera categoría se ha eliminado la modalidad de quemar, recogida en la anterior redacción, pues aunque puede considerarse una forma de destrucción, concurriría con los delitos de incendios forestales (artículos 352-356 C.P) De este modo, y teniendo en cuenta que el injusto del delito del incendio pone el acento en el peligro para la seguridad colectiva que produce, mientras que el delito de este artículo lo hace en la especie amenazada por la destrucción, teniendo por tanto, distintos bienes jurídicos, parece lo más idóneo, que el legislador hay optado por la eliminación de la conducta de este precepto, apreciando como solución el concurso de delitos.

b) El segundo comportamiento hace referencia a la destrucción o alteración del hábitat. Se trata de una protección indirecta de la especie amenazada, en la que por la generalidad de la formulación cabe cualquier tipo de conducta, siempre que, eso sí, la alteración o destrucción sea grave. Consideración ésta, que queda al arbitrio del juez o tribunal en cada caso concreto.

c) El tercer comportamiento engloba el tráfico, la adquisición o la posesión. En la reforma de 2015 se modificó este precepto, eliminando el adjetivo “ilegal” de tráfico, que gran parte de la doctrina consideraba reiterativo¹¹³. De tal forma, y a la luz del artículo 57.1.c de la LPNB¹¹⁴ entendemos que queda prohibido cualquier tipo de tráfico de ejemplares, propágulos o restos que no haya recibido una autorización administrativa, sin ser necesaria

¹¹² MUÑOZ CONDE, F. Obra cit. (pág. 513) En el mismo sentido HAVA GARCIA, E. (Obra cit.) pág. 298

¹¹³ HAVA GARCIA, E. Obra cit. Pág. 299.

¹¹⁴ Art. 57.1.c Ley 42/2007: “En ambos casos, la de poseer, naturalizar, transportar, vender, comerciar o intercambiar, ofertar con fines de venta o intercambio, importar o exportar ejemplares vivos o muertos, así como sus propágulos o restos, salvo en los casos en los que estas actividades, de una forma controlada por la Administración puedan resultar claramente beneficiosas para su conservación, en los casos en que necesariamente se determinen”.

la nota de habitualidad. En caso de que el hecho también sea constitutivo de delito de contrabando, se aplicará solo la infracción más gravemente penada.

A ojos de MUÑOZ CONDE las conductas de adquisición y posesión, suponen una ampliación del tipo difícilmente justificable.

En todas las conductas típicas hablamos de un delito de resultado, y han de haberse realizado, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general, al tratarse de una ley penal en blanco. La anterior redacción del artículo castigaba las conductas siempre que causasen un “grave perjuicio para el medio ambiente” y relegaba a la consideración de falta las conductas no graves (art. 632.1 C.P). Tras la reforma del 2015, al suprimirse tanto el requisito de la gravedad, como la falta del art.632.1 C.P¹¹⁵, se amplía el ámbito delictivo. En el artículo actual solo se indica que las conductas serán sancionables, “*salvo que la conducta afecte a una cantidad insignificante de ejemplares y no tenga consecuencias relevantes para el estado de conservación de la especie*”, pero los adjetivos “insignificante” y “relevante” tienen un contenido valorativo, y entre estos y lo “grave” hay un abanico de posibilidades que antes estaban contemplados en la falta, y que ahora están comprendidos en el delito.

5.1.5 El tipo subjetivo

Se prevé tanto la comisión dolosa, como la comisión imprudente en el caso de que ésta sea grave (art.332.3)

En cuanto al dolo, a pesar de que las conductas puedan abarcar todos los tipos de dolo, parece más improbable que se produzca con dolo de primer grado (absoluta correspondencia entre lo que el sujeto quería y el suceso externo que ha tenido lugar). Lo más habitual será que estemos ante casos de dolo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias (casos en que el resultado lesivo se produce, aun no siendo querido, como consecuencia necesaria del resultado que se esperaba conseguir) o de dolo eventual (el autor no tiene intención de provocar un resultado, pero lo acepta y sigue adelante)¹¹⁶.

¹¹⁵ Art.632.1 C.P (Derogado): “*el que corte, tale, queme, arranque, recolecte alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, sin grave perjuicio para el medio ambiente, será castigado con la pena de multa de 10 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 20 días*”.

¹¹⁶ En este sentido, GARCÍA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:10

5.1.6 Antijuricidad

El art. 61 LPNB recoge una serie de excepciones, en las que las prohibiciones establecidas en el art.332 C.P quedan sin efecto por justificadas razones. Estas son:

- a) Si de su aplicación se derivaran efectos perjudiciales para la salud y la seguridad de las personas.
- b) Para prevenir perjuicios importantes a los cultivos, el ganado, los bosques, la pesca y la calidad de las aguas. Salvo en el caso de las aves, también se podrá aplicar esta exención en caso de perjuicio importante a otras formas de propiedad.
- c) Por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas las de carácter socioeconómico y consecuencias beneficiosas de importancia primordial para el medio ambiente. Esta excepción no será de aplicación en el caso de las aves.
- d) Cuando sea necesario por razón de investigación, educación, repoblación o reintroducción, o cuando se precise para la cría en cautividad orientada a dichos fines.
- e) En el caso de las aves, para prevenir accidentes en relación con la seguridad aérea.
- f) 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 Silvestres en Régimen de Protección especial, en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar su conservación.
- g) Para proteger la flora y la fauna silvestre y los hábitats naturales.

También es posible que las conductas típicas encuentren la causa de justificación por realizarse en estado de necesidad, casos regulados en los art. 20.5^{o117} y 20.7^{o118} del Código Penal.

¹¹⁷ Art.20.5° C.P: *“El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

5.1.7 Relaciones concursales

Entre este delito y otros que también afecten al medio ambiente pueden plantearse relaciones concursales.

Si la conducta destructiva o de alteración del hábitat tiene lugar como consecuencia de un acto en que se realicen emisiones, directas o indirectas, vertidos, radiaciones extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmosfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, todo ello recogido en el art. 325 C.P, se produciría un concurso ideal de delitos a tratarse de dos bienes jurídicos distintos. Mientras que el art. 325 tutela el equilibrio de los sistemas naturales, el art. 332 tutela la producción de daño a las especies de flora amenazadas o a su hábitat¹¹⁹. Mismo tratamiento se dará con el art. 326.1, para las conductas de recogida, transporte, valorización, transformación, eliminación o aprovechamiento de residuos que perjudiquen gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

Si la destrucción o alteración se produce mediante el fuego¹²⁰ también se produciría un concurso ideal, pues el injusto del grueso de los delitos de incendio pone el acento en el peligro para la seguridad colectiva que produce. El art. 356 C.P¹²¹, en particular, lo hace en el equilibrio de los sistemas naturales. Salvo en los casos, en que el único objeto quemado sea un ejemplar de la especie protegida, caso en que sería de única aplicación el art. 332.

Cuando la destrucción o alteración recaiga sobre alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo como espacio natural protegido (art. 330 C.P), si lo único destruido han sido los ejemplares que sirvieron para la catalogación de ese espacio como tal, se apreciará un concurso de leyes a resolver por el criterio de la alternatividad. Por el contrario, si lo que se ha destruido es, de forma directa o indirecta, el hábitat de especies

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se intenta evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.”

¹¹⁸ Art. 20.7º C.P : “el que obre en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”

¹¹⁹ MUÑOZ CONDE, F. Obra cit. (p.513) En el mismo sentido GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:10-11:11

¹²⁰ Delitos contemplados en el Título XVII, Capítulo II, de los incendios.

¹²¹ Art. 356 C.P: “El que incendiare zonas de vegetación no forestales perjudicando gravemente el medio natural, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses”

amenazadas y no todas ellas han sido determinantes para la catalogación de ese espacio como protegido, se apreciará concurso de delitos.¹²²

En último lugar, y como ya vimos cuando hablamos del comportamiento de tráfico, existen relaciones concursales entre el art. 332 y el delito de contrabando, específicamente recogido en el art. 2.2 b) de la Ley de Contrabando (LO 12/1995, de 12 de diciembre)¹²³. Ambos preceptos protegen lo mismo, razón por la cual, habrá de aplicarse la norma que en el caso concreto resulte más grave.

5.1.8 Penalidad

Se establece para el tipo básico la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a dos años¹²⁴.

Para el tipo cualificado de peligro de extinción la pena se impondrá en su mitad superior. Criterio adoptado siguiendo las valoraciones de buena parte de la doctrina, que criticaba, que en la anterior redacción, la pena no discriminara entre la especial situación de las especies, siendo la misma para una especie en peligro de extinción que para una que no lo estuviera¹²⁵.

Por último, para los casos de imprudencia grave, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa de cuatro a ocho meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a dos años.

¹²² GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:12

¹²³ Art. 2.2 b) establece: “Cometen delito de contrabando (...) b) realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de: Especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, o en el Reglamento (CE) n° 338/1997 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, sin cumplir los requisitos legalmente establecidos”.

¹²⁴ Supone un endurecimiento de las penas con respecto de la redacción anterior, que establecía la pena mínima en cuatro meses, siendo seis el mínimo ahora. Y añadiendo la inhabilitación especial que tampoco se contemplaba con anterioridad.

¹²⁵ En ese sentido MUÑOZ LLORENTE, J. “Los delitos relativos a la flora, fauna y animales domésticos (o cómo no legislar en Derecho Penal y cómo no incurrir en despropósitos jurídicos)” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º Época, n°19, 2007. Pág. 320

5.2 Introducción de especies de flora o fauna no autóctona (Artículo 333 del Código Penal)

5.2.1 Artículo 333 C.P¹²⁶

“El que introdujera o liberara especies de flora o fauna no autóctona, de modo que perjudique el equilibrio biológico, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora y fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años”

5.2.2 Sujeto activo y sujeto pasivo

Nos encontramos, igual que en el artículo 332, ante un delito común, en el que el sujeto activo puede serlo cualquiera y el sujeto pasivo encuentra su fundamento en el art. 45 CE, declarándose su tutela en la consideración del interés general. Por lo tanto, el sujeto pasivo somos el conjunto de la sociedad.

5.2.3 Objeto material

Lo constituyen las especies de flora y fauna no autóctona. Encuentra su razón de ser, al obedecer al interés de mantener la pureza de las razas y especies autóctonas, evitando así su desaparición¹²⁷.

El art. 3.11 de la LPNB define especie autóctona como “la existente dentro de su área de distribución natural”, por su parte el art. 2 del RD 630/2013¹²⁸ la cataloga como “la existente dentro de su área de distribución y de dispersión natural”. Definiciones ambas escuetas. Por contraposición, tenemos la definición que este mismo RD da de especie alóctona o exótica: “se refiere a especies y subespecies, incluyendo sus partes, gametos, semillas, huevos o propágulos que pudieran sobrevivir o reproducirse, introducidos fuera de su área de distribución natural y de su área potencial de dispersión, que no hubiera

¹²⁶ Redactado en la L.O 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹²⁷ MUÑOZ CONDE, F. Obra cit. Pág. 514 En el mismo sentido, HAVA GARCIA, E. expone algunos ejemplos en los que la introducción de especies no autóctonas tuvo serias repercusiones en nuestro país, como por ejemplo, los casos del cangrejo rojo americano o del Eucalyptus. HAVA GARCIA, E. Obra cit. Pág. 319

¹²⁸ Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo Español de especies exóticas invasoras. (BOE nº185, de 3 de agosto de 2013)

podido ocupar sin la introducción directa o indirecta, o sin el cuidado del hombre”. Termino que, junto a la explicación que da el art. 3.13 LPNB de especie exótica invasora, considerando “aquella que se introduce o establece en un ecosistema o hábitat natural o seminatural y que es agente de cambio y amenaza para la diversidad biológica nativa, ya sea por su comportamiento invasor, o por el riesgo de contaminación genética”, ayuda a dar luz sobre el objeto material específico de que trata este artículo.

5.2.4 La conducta típica

Nos encontramos ante un delito de resultado, en el que ha de producirse un perjuicio del equilibrio biológico. Esta acción, además, ha de producirse contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora y fauna, al estar configurada expresamente como ley penal en blanco.

Las acciones que contempla este artículo son dos:

a) Introducción de especies no autóctonas: Interpretamos esta acción a tenor de la definición que nos da el RD 630/2013, entendiendo por introducción el movimiento por acción humana, voluntaria o accidental, de una especie fuera de su área de distribución natural. Este movimiento puede realizarse dentro de un país, o entre países o zonas fuera de la jurisdicción nacional¹²⁹.

b) Liberación de especies no autóctonas: A respecto de definir este término, GARCIA ALVAREZ y LOPEZ PEREGRIN opinan que esta acción de “liberar” se da en los casos en que la especie ha sido introducida en el lugar de manera lícita, pero puesta en libertad de manera ilegal. Además, explican, que esta puesta en libertad, no es exclusiva de especies animales. El hecho de esparcir esporas o semilla amplía la acotación a las especies de flora¹³⁰.

5.2.5 El tipo subjetivo

Este delito exige la presencia de dolo, en cualquiera de sus formas, de primer grado, de segundo grado o eventual. Sin embargo, y aunque no es descartable, es muy difícil que alguien introduzca o libere especies con el fin, aun cuando sea eventual, de perjudicar el

¹²⁹ Art. 2 RD 630/2013

¹³⁰ GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:14

equilibrio biológico. Lo más probable, es que la comisión sea imprudente, pues los sujetos ni siquiera se plantean, o conocen, que la especie sea alóctona o que estén causando un perjuicio del equilibrio biológico (error de tipo). De hecho, SANCHEZ GASCON afirma que “este delito solo puede cometerse por imprudencia”¹³¹. El artículo 333 no contempla la comisión imprudente, esta es por tanto atípica, lo que lleva a algunos autores como MUÑOZ LLORENTE¹³² a catalogarlo como un mero tipo simbólico y sin posibilidad de aplicación práctica. Artículo cuya redacción, añadió MUÑOZ CONDE¹³³, lo convierte en la mejor garantía de su inaplicación.

5.2.6 Relaciones concursales

En primer lugar, cuando la introducción o liberación afecte a especies protegidas, tanto de flora (art. 332) como de fauna (art. 334), puede darse un concurso aparente de delitos, puesto que estas conductas pueden equipararse o asemejarse a “destruya o altere gravemente su hábitat” o “impidan o dificulten su reproducción o migración”, siendo en las tres el mismo bien jurídico protegido, la diversidad biológica. Si esta introducción o liberación, afecta a especies en peligro de extinción, contempladas en el art. 332.2, resultará de aplicación lo contemplado en este párrafo, es decir, se impondrá la pena en su mitad superior.

En segundo lugar, cuando las conductas tratadas en este art. 333 afecten a un espacio natural entrarán en juego los artículos 330¹³⁴ y 338¹³⁵. Si la conducta ha dañado gravemente algún elemento que haya servido para calificar al espacio natural, de modo que resulte difícil la persistencia de ese espacio con las mismas características por las que fue declarado protegido, habrá que sancionar con respecto a lo dispuesto en el art. 330. Por el contrario, si no se produce ese grave daño, la conducta se sancionará mediante lo dispuesto en el art. 338, es decir, con la pena superior en grado a la prevista en el art. 333.

¹³¹ SANCHEZ GASCON, A. *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*. Exlibris-Ediciones S.L 1998 Pág.60

¹³² MUÑOZ LLORENTE, J. (Obra cit.) pág. 321

¹³³ MUÑOZ CONDE, F *Derecho Penal. Parte Especial*. 11º. Ed. Valencia, 1996 pág.512

¹³⁴ Art. 330 C.P : “*Quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses*”

¹³⁵ Art.338 C.P: “*Cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas*”

Por último, el art. 333 puede entrar en concurso ideal de delitos con el art. 349¹³⁶ siempre que el espécimen liberado sea capaz de reproducirse o de transferir material genético, incluyendo entidades microbiológicas, sean o no celulares¹³⁷, y se cumpla el requisito de la creación de peligro concreto para la vida o el medio ambiente¹³⁸.

5.2.7. Penalidad

Se establece la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses.

Además, se produce, en todo caso, la inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.

5.3 Delitos relativos a la fauna protegida. (Artículo 334 del Código Penal)

5.3.1 Artículo 334 C.P

“1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años, quien, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general:

- a) Cace, pesque, adquiera, posea o destruya especies protegidas de fauna silvestre;*
- b) Trafique con ellas, sus partes o derivados de las mismas; o,*
- c) Realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración.*

La misma pena se impondrá a quien, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, destruya o altere gravemente su hábitat.

¹³⁶ Art. 349 C.P: “ los que en la manipulación , transporte o tenencia de organismos contravinieren las normas o medidas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a seis años “

¹³⁷ Definición de Organismo que da el art.2 a) de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente.

¹³⁸ HAVA GARCIA, E. Obra cit. Pág. 325.

2. La pena se impondrá en su mitad superior si se trata de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción.

3. Si los hechos se hubieran cometido por imprudencia grave, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa de cuatro a ocho meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de tres meses a dos años.”

5.3.2 Sujeto activo y sujeto pasivo

El sujeto activo puede serlo cualquiera, pues se trata de un delito común. El sujeto pasivo, al igual que en los dos artículos anteriores, somos el conjunto de la sociedad, por tutelarse intereses de carácter general.

5.3.3 Objeto material

Las reformas que se hicieron en el art. 334 son, en buena parte, las mismas que las del art. 332, por lo que las observaciones realizadas allí son, en buena medida, aplicables aquí.

Nos encontramos con dos tipos, uno básico y otro cualificado:

a) El tipo básico (art. 334.1): El objeto material lo componen las especies protegidas, sus partes y derivados¹³⁹, habiendo de acudir para determinar éstas, igual que en el art. 332, al Catálogo Español de Especies Amenazadas¹⁴⁰ y a los Catálogos de las Comunidades Autónomas. También, al Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, que establece la LPNB. Y tenerse en cuenta, por último las normas internacionales que rijan nuestro país, ya sean normativa comunitaria, como el Reglamento (CE) 398/2009 del Consejo¹⁴¹, o el Reglamento (UE) 2019/2117 de la Comisión¹⁴². O normativa internacional, como el Convenio de Washington.

¹³⁹ Entendiendo por partes y derivados, por ejemplo, pieles, dientes...

¹⁴⁰ Regulado por RD 139/2001, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de especies Amenazadas.

¹⁴¹ Reglamento 398/2009, de 23 de abril de 2009, que modifica el N° 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio en lo relativo a sus competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.

¹⁴² Reglamento 2019/2117 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2019, que en aras de la claridad, sustituye la totalidad del anexo del Reglamento (CE) n° 338/97.

b) El tipo cualificado (art. 334.2): Es un tipo agravado, cuyo objeto material lo componen las especies calificadas “en peligro de extinción”. Definición que nos da el artículo 55.1 de la ley 42/2007 y donde se estipula que habrán de incluirse en el Catálogo Español de Especies Amenazadas aquellas que se engloben tanto en la categoría de peligro de extinción, como en la de vulnerables.

En ambos casos, ha de tratarse de animales salvajes, se excluyen los domésticos, ya que la norma solo afecta a especies “silvestres”, aunque no queda claro si basta con que la especie sea silvestre o ha de serlo también el ejemplar afectado¹⁴³.

La nota característica de este artículo, y que lo diferencia del art. 332, es que las especies tipificadas, tanto para el tipo básico, como cualificado, han de ser susceptibles de caza o pesca, quedando excluidas el resto de especies.

5.3.4 La conducta típica.

La acción típica se estructura en torno a una trilogía de comportamientos:

a) La caza, pesca o destrucción de especies protegidas: Si atendemos al art. 2 de la Ley 1/1970,¹⁴⁴ podemos definir la caza como “*la acción ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados, para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos en la ley como piezas de caza, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por un tercero*”¹⁴⁵. Entendiendo así, que el acto de cazar, comprende un gran abanico de actos que lleven a la captura viva o muerta de un espécimen protegido. Por tanto, el acto no tiene que implicar necesariamente “matar”, caben las acciones de herir, capturar vivo, o incluso aquellas actuaciones que faciliten la captura por parte de un tercero, si con estas conductas se arriesga su supervivencia¹⁴⁶. HAVA GARCIA explica que será penalmente relevante, de

¹⁴³ Por ejemplo, la SAP de Barcelona (sin número) de 8 de abril de 2002, condenó por tentativa del delito del art.334, a un sujeto que tenía en su poder, con intención de traficar con él, un oso pardo nacido y criado en cautividad, considerando (FJ 3º) que “*la norma penal protege a las especies amenazadas con independencia de que el ejemplar haya nacido en libertad o en cautividad*”. Por contra, la SAP de las Islas Baleares 49/2002, de 30 de marzo, absolvió del delito de ar.334, en un caso en que un individuo había cazado y dado muerte a un halcón que pertenecía legalmente a un sujeto que lo estaba adiestrando para la cetrería, argumentando que no era, como exige el tipo, un animal silvestre o salvaje (FJ3º) “*ya que fue creado y criado en cautividad viviendo siempre en posesión del hombre*”

¹⁴⁴ BOE nº 82, de 6 de abril de 1970

¹⁴⁵ Similar es la definición de la RAE en su acepción primera: “*Buscar o perseguir aves, fieras y otras muchas clases de animales para cobrarlos o matarlos*”

¹⁴⁶ En las monterías, los llamados ojeadores, de despliegan por el terreno con realas de perros para dirigir las presas hacia donde están colocados los puestos de tiradores.

igual manera, la conducta de quien, conociendo la condición de protegida de la especie a la que pertenecen, y sin contar con la autorización requerida para ello, se apodera de insectos con fines coleccionistas¹⁴⁷.

Las mismas consideraciones que para la caza, pueden tenerse en cuenta para la pesca, que se define como “sacar o tratar de sacar del agua peces y otros animales” según la primera acepción de la definición de la RAE. En este caso, hay que matizar que, tanto para la pesca fluvial como para la marítima, será aplicable este tipo.

b) Realización de actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, o destrucción o alteración grave de su hábitat: Se aglutinan en estos comportamientos, conductas de destrucción indirecta de especies protegidas.

La primera hace referencia a conductas que impidan o dificulten su reproducción o migración. Son delitos de temporada, ya que solo podrán cometerse en las épocas específicas en que se lleven a cabo la reproducción o migración, y únicamente, en el segundo caso, en especies migratorias, no en las que sean sedentarias, o estables.¹⁴⁸. Esto no quiere decir, que se establezcan épocas comunes, sino que habremos de determinar estos ciclos, atendiendo al caso concreto de cada especie. Los actos o conductas que producen estos delitos son de muy diverso ámbito, citando por ejemplo, la destrucción de huevos o larvas, la aniquilación de las crías, o el destrozo de madrigueras o nidos.

En segundo lugar se pone el foco en la destrucción o alteración grave del hábitat. Según GARCIA ALVAREZ. y LOPEZ PEREGRIN se trata de una ampliación del ámbito de aplicación de este delito, pues permite incluir en el tipo alteraciones de hábitat que no hayan dificultado la reproducción o migración. Es requisito necesario, que el resultado sobre el hábitat sea grave, concepto que será valorado en cada caso concreto.

c) Tráfico ilegal de las especies, su partes o derivados, o adquisición o posesión de especies protegidas: Si atendemos a la definición de “traficar” que da la RAE en su segunda acepción : “Comerciar de forma ilegal o con mercancías o productos prohibidos por ley”, y la complementamos con la que se da de comerciar: “Realizar operaciones de compra, venta o intercambio de productos con la intención de obtener un beneficio económico” podemos deducir que es necesaria que las conductas englobadas en este concepto queden

¹⁴⁷ HAVA GARCIA, E. Obra cit. Pág. 310.

¹⁴⁸ GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:19; En el mismo sentido, SANCHEZ GASCON, A. (Obra cit.) Pág.96

reducidas aquellas que tengan un móvil económico, quedando excluidas, la donaciones o regalos.¹⁴⁹.

A diferencia del art. 332, en el art. 334 no se exige que se afecte a una cantidad no insignificante de ejemplares, ni que la conducta tenga consecuencias relevantes en la conservación de la especie, ni exige algún tipo de perjuicio o riesgo para el medio ambiente, lo cual hace que quede configurado éste, como un delito de peligro abstracto, en el que para su consumación es suficiente con que se realicen las conductas en el incriminadas, hecho que en opinión de algunos autores como MUÑOZ CONDE, lo hace difícilmente diferenciable de las infracciones administrativas existentes sobre la materia¹⁵⁰. Como ejemplo, la conducta prevista como infracción administrativa en el art. 65.3. b) LPNB: “*queda prohibido con carácter general el ejercicio de la caza de aves durante la época de celo, reproducción y crianza y la caza durante el trayecto de regreso hacia los lugares de cría en el caso de especies migratorias*” coincide con la conducta constitutiva de este delito en el apartado c).

Este precepto, de igual forma que los estudiados anteriormente, se configura como una ley penal en blanco, habiendo de contravenir las leyes o disposiciones de carácter general para que las conductas sean típicas.

5.3.5 El tipo subjetivo

Para este delito se prevé tanto la forma dolosa como la forma imprudente incluida en la última reforma de 2015.

Si la especie protegida está catalogada como “especie en peligro de extinción” pero el sujeto activo lo desconoce, aunque si conoce el hecho de que la especie se encuentra protegida, no podrá aplicarse el tipo cualificado, pero sí el tipo básico. Si además, desconoce que la especie está protegida o que está infringiendo leyes o disposiciones de carácter general protectoras de la fauna silvestre (error de tipo) será de aplicación la modalidad imprudente, contemplada en el apartado 3.

¹⁴⁹ En la misma corriente de opinión, HAVA GARCIA, E. (Obra cit.) pág. 311; GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:20. Por contra, SANCHEZ GASCON, A. (Obra cit.) Pág.93 considera indiferente que medie precio, pues la finalidad del precepto no el sancionar el ilícito de comercio ilegal en sí mismo, sino proteger a las especies amenazadas.

¹⁵⁰ MUÑOZ CONDE, F. (Obra cit.) pág. 515

5.3.6 Antijuricidad

Son aplicables las excepciones contenidas en el art. 61 LPNB que detallamos cuando analizamos la antijuricidad del art. 332. Siempre mediando la correspondiente autorización administrativa.

Además, cabe apreciar en algunas ocasiones una causa de justificación, por ejemplo en situaciones de estado de necesidad¹⁵¹.

5.3.7 Relaciones concursales

Salvo las relaciones concursales con el art.335 que veremos a continuación, el resto de ellas operan en los mismos casos y con los mismos requisitos que indicamos para el art.332.

De este modo, cuando la conducta destructiva o la alteración del hábitat de la especie de fauna protegida sea consecuencia de alguna de las acciones recogidas en el art. 325¹⁵² o 326.1¹⁵³, cabrá concurso ideal de delitos, pues protegen bienes jurídicos distintos.

De igual forma, cabe concurso ideal para los delitos del Título XVII, Capítulo II, de los incendios¹⁵⁴, salvo en los casos, en que el único objeto quemado sea un ejemplar de la especie protegida, caso en que sería de única aplicación el art. 334.

Cuando el daño fuere a un espacio natural protegido o recaiga sobre alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo como tal (art. 330 C.P): si lo único destruido han sido los ejemplares que sirvieron para la catalogación de ese espacio, se apreciará un

¹⁵¹ La STS 67/1995, absolvía a un cazador que mató a un oso en situación de estado de necesidad. La absolución se basó en que el cazador, aún consciente de que la conducta estaba prohibida en la zona, disparó porque estaba seguro de que el animal lo atacaría por la trayectoria que seguía y la actitud agresiva que mostraba. Además, el encuentro entre el animal y el cazador fue casual, no intencionado por este último. En otro ejemplo, la SAP de Jaén 72/1998, de 15 de mayo, apreció estado de necesidad en el caso de un hombre que capturó ejemplares de especies protegidas (un gato montés, una tejona y una garduña) para salvaguardar su granja de aves. La audiencia determinó que el mal causado era menor que el que se pretendía evitar, que el acusado no tenía, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse, y además, que no había intencionalidad alguna por parte de este de dañar o comerciar o traficar con las especies capturadas.

¹⁵² Estas son: emisiones, directas o indirectas, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar.

¹⁵³ recogida, transporte, valorización, transformación, eliminación o aprovechamiento de residuos.

¹⁵⁴ El injusto del grueso de los delitos de incendio pone el acento en el peligro para la seguridad colectiva que produce. En el art. 356 C.P¹⁵⁴, en particular, lo hace en el equilibrio de los sistemas naturales.

concurso de leyes a resolver por el criterio de la alternatividad. Por el contrario, si lo que se ha destruido es, de forma directa o indirecta, el hábitat de especies amenazadas y no todas ellas han sido determinantes para la catalogación de ese espacio como protegido, se apreciará concurso de delitos.

En relación al delito de contrabando, específicamente recogido en el art. 2.2 b) de la Ley de Contrabando (LO 12/1995, de 12 de diciembre)¹⁵⁵. Habrá de aplicarse la norma que en el caso concreto resulte más grave, pues ambos artículos protegen lo mismo.

Puede haber concurso aparente de normas entre el art. 334 y el 335.1, resolviéndose a favor del primero en virtud del criterio de especialidad. También puede haber concurso medial con el art. 336 si para la caza o pesca se emplean venenos, explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna, debiéndose aplicar en estos casos el art. 77 C.P.¹⁵⁶ imponiendo a la infracción más grave la pena en su mitad superior¹⁵⁷. En estos casos, debido a que las penas de prisión señaladas en abstracto en cada uno de los delitos que integran el concurso no superan los cinco años de duración, (aunque la suma de las previstas en una y otras infracciones excedan de esa cifra) la competencia para su enjuiciamiento corresponderá al Juez de lo Penal¹⁵⁸.

5.3.8 Penalidad

Se establece para el tipo básico la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de ocho a veinticuatro meses, inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años.

¹⁵⁵ Art. 2.2 b) establece: “Cometen delito de contrabando (...) b) realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de: Especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, o en el Reglamento (CE) n° 338/1997 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, sin cumplir los requisitos legalmente establecidos”.

¹⁵⁶ Art. 77 C.P: “1. Lo dispuesto en los artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada, exceda ese límite, se sancionaran las infracciones por separado.

3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el art. 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.”

¹⁵⁷ HAVA GARCIA, E. Obra cit. Pág. 316

¹⁵⁸ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional TS (Sala Segunda, de lo Penal) de 12 de diciembre de 2017

Para el tipo cualificado de peligro de extinción la pena se impondrá en su mitad superior.

Por último, para los casos de imprudencia grave, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa de cuatro a ocho meses, y en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de tres meses a dos años.

5.4 Caza o pesca ilegal de especie no protegida. (Artículo 335 del Código Penal)

5.4.1 Art.335 C.P

“1. El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años.

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.

3. Si las conductas anteriores produjeran graves daños al patrimonio cinegético de un terreno sometido a régimen cinegético especial o a la sostenibilidad de los recursos en zonas de concesión o autorización marisquera o acuícola, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de cazar, pescar, y realizar actividades de marisqueo por tiempo de dos a cinco años.

4. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando las conductas tipificadas en este artículo se realicen en grupo de tres o más personas o utilizando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente”.

Estamos ante un artículo muy controvertido. Considerado, en su originaria redacción de 1995¹⁵⁹, por buena parte de la crítica como un despropósito jurídico,¹⁶⁰

¹⁵⁹ LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

apodado por la doctrina como delito “matamoscas” o “matacucarachas” y declarado por la STC 101/2012, de 8 de mayo, inconstitucional,¹⁶¹ por vulnerar los principios de seguridad jurídica y legalidad penal de los arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución Española, por tratarse de una norma penal en blanco que no contenía el “núcleo esencial de la prohibición” y porque la remisión que realizaba a las normas administrativas quebraba las mínimas exigencias de certeza. MUÑOZ LLORENTE calificaba la primigenia redacción como “*una técnica legislativa impropia de un Estado democrático, más propia de los Estados totalitarios*”.

5.4.2 Sujeto activo y pasivo

El sujeto activo puede serlo cualquiera, pues se trata de un delito común. El sujeto pasivo, somos el conjunto de la sociedad, por tutelarse intereses de carácter general.

5.4.3 Objeto material

El objeto material de este artículo lo constituirán las especies animales no protegidas en el artículo anterior. Su aplicación es, por tanto, subsidiaria a la del art. 334.

Debe tratarse, en todo caso, de especies animales que sean susceptibles de ser cazadas, pescadas u objeto de marisqueo¹⁶².

5.4.4 La conducta típica

Se articula en base a cuatro apartados:

a) Cazar o pescar especies distintas de las indicadas cuando este expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca: Concretamos estas acciones a la luz de las definiciones dadas en el artículo anterior¹⁶³ siendo la nota característica la finalidad de capturar vivo o muerto un espécimen, o facilitar la captura por parte de un tercero.

¹⁶⁰ MUÑOZ LLORENTE, J. (Obra cit.) pág. 328

¹⁶¹ Resolvía la cuestión de inconstitucionalidad 4246/2001, planteada por el Juzgado de lo Penal nº 6 de Granada a través del Auto de 12 de julio de 2001

¹⁶² Según la RAE: “*Actividad extractiva en la zona marina o marítimo-terrestre, profesional o recreativa, dirigida de manera exclusiva y con artes selectivas y específicas a la captura de una o varias especies de moluscos, crustáceos, tunicados, equinodermos y otros invertebrados marinos*”.

¹⁶³ Art. 2 de la Ley 1/1970 para la definición de caza, y definición de la RAE para la pesca.

Se trata del tipo básico, y se configura como una ley penal en blanco cuyo supuesto de hecho se encuentra básicamente en el RD 1095/1989¹⁶⁴, de 8 de septiembre, por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca.

La redacción de actual de este artículo no está libre de críticas, de modo que autoras como GARCIA ALVAREZ y LOPEZ PEREGRIN¹⁶⁵ creen que podría dar lugar a una interpretación errónea de la tipicidad de la conducta. Opinan que ha de realizarse una interpretación restrictiva, dejando fuera del tipo conductas mediante las cuales se cace o pesque especies susceptibles de ser cazadas o pescadas, constitutivas de infracción administrativa¹⁶⁶. Añaden, que a pesar de que el tipo tal y como está redactado, se consumaría con la simple realización de la conducta, para que sea tipificado es necesario algo más, si bien un resultado lesivo de la biodiversidad sería difícil de probar, por lo menos ha de significar un peligro para ésta, pues solo así se puede respetar el principio de intervención mínima y de lesividad (si no se exigiese lesión ni puesta en peligro de ningún bien jurídico, volvería a incurrirse de nuevo en la inconstitucionalidad)¹⁶⁷. De cualquier otro modo, estaríamos ante un mero delito de desobediencia.

b) Cazador, pescador o realizar actividades de marisqueo en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso del titular: Este tipo castiga la caza, pesca o marisqueo de las mismas especies que el tipo anterior, sin embargo, hay varias notas características que acotan el tipo. La primera, es el lugar donde se realice esa actividad (terreno público o privado) y el régimen en que se halle (en régimen cinegético especial). De tal forma, se añade un nuevo concepto que es necesario definir. Si acudimos a la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza, en su art. 8.2 se establece, que constituirán terrenos sometidos a régimen cinegético especial: Los Parques Nacionales¹⁶⁸, los Refugios de

¹⁶⁴ BOE N° 218, de 12 de septiembre de 1989

¹⁶⁵ GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:29

¹⁶⁶ Po ejemplo, el art. 80 de la ley 42/2007 en su apartado m): “La captura, persecución injustificada de especies de fauna silvestre y el arranque (...) en aquellos supuestos en que sea necesaria autorización administrativa, de acuerdo con la regulación específica de la legislación de montes, caza y pesca continental, cuando no se haya obtenido dicha autorización” o en el apartado p): “La perturbación, muerte, captura y retención intencionada de especies de aves en las épocas de reproducción y crianza, así como durante su trayecto de regreso hacia los lugares de cría en el caso de las especies migratorias”

¹⁶⁷ Sostiene esta postura MUÑOZ LLORENTE, J. *La Ley penal* n°6 2004 Pag.38-39.

¹⁶⁸ Art. 31.1 ley 42/2007 (LPNB): “Los parques son áreas naturales, que, en razón a la belleza de sus paisajes, la representatividad de sus ecosistemas o la singularidad de su flora, de su fauna o de su diversidad biológica, incluidas sus formaciones geomorfológicas, poseen unos valores ecológicos, estéticos, educativos y científicos cuya conservación merece una atención preferente”.

Caza¹⁶⁹, las Reservas Nacionales de Caza¹⁷⁰, las Zonas de seguridad¹⁷¹, los Cotos de Caza¹⁷², los Cercados¹⁷³ y los adscritos al Régimen de Caza Controlada¹⁷⁴.

La segunda nota definitoria, es la ausencia del permiso del titular. De esta característica se desprende que lo protegido aquí no son las especies en sí, o por lo menos no son el objeto principal de protección en la mayoría de los lugares que constituyen el régimen cinegético especial (si podrían serlo en los casos de Parques nacionales y Reservas Nacionales de Caza) sino que lo que se protege es el carácter exclusivo de su aprovechamiento, es decir, se protegen intereses económicos¹⁷⁵. Razón por la cual, también este apartado es foco de múltiples críticas. Gran parte de la doctrina considera que el lugar donde se ubica no es correcto, pues no protege intereses medioambientales. Debería estar situado junto a los

¹⁶⁹ Art. 11.1 Ley 1/1970: *“El Gobierno podrá establecer por Decreto refugios nacionales de caza cuando por razones biológicas, científicas o educativas sea preciso asegurar la conservación de determinadas especies de la fauna cinegética. La administración de estos refugios quedará al cuidado del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales”.*

¹⁷⁰ Art. 12.1 Ley 1/1970: *“En aquellas comarcas cuyas especiales características de orden físico y biológico permitan la constitución de núcleos de excepcionales posibilidades cinegéticas, podrán establecerse reservas nacionales de caza, que en todo caso deberán constituirse por Ley”.*

¹⁷¹ Art. 13.1 Ley 1/1970: *“1. Son zonas de seguridad, a los efectos de esta Ley, aquellas en las cuales deben adoptarse medidas precatorias especiales encaminadas a garantizar la adecuada protección de las personas y sus bienes.*

2. Se considerarán zonas de seguridad las vías y caminos de uso público, las vías pecuarias, las vías férreas, las aguas públicas, incluidos sus cauces y márgenes, los canales navegables, los núcleos urbanos y rurales y las zonas habitadas y sus proximidades. Tendrán análoga consideración las villas, jardines, parques destinados al uso público, los recintos deportivos y cualquier otro lugar que sea declarado como tal en razón a lo previsto en el número anterior del presente artículo”.

¹⁷² Art. 15 Ley 1/1970:” *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”.

¹⁷³ Art. 19.1 Ley 1/1970: *“A los efectos de esta Ley son terrenos cercados aquellos que se encuentran rodeados materialmente por muros, cercas, vallas, setos o cualquier otra obra o dispositivo construido con el fin de impedir o prohibir el acceso de las personas o animales ajenos o el de evitar la salida de los propios”.*

¹⁷⁴ Art. 14.1 Ley 1/1970: *” Se denominarán terrenos sometidos a régimen de caza controlada aquellos que se constituyan únicamente sobre terrenos cinegéticos de aprovechamiento común, en los cuales la protección, conservación, fomento y aprovechamiento de su riqueza cinegética deberán adaptarse a los planes que con este objeto apruebe el Ministerio de Agricultura”.*

¹⁷⁵ Este precepto fue incluido durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 15/2003, mediante una enmienda del Grupo Popular en el Congreso de los Diputados. Enmienda que describe claramente lo que se pretendía tipificar: *“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”.*

delitos patrimoniales¹⁷⁶. Otra clave para entender este tipo como un delito patrimonial es el concurso que plantea al final del precepto “(...) además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo” del que se desprende que la conducta que se está castigando es únicamente el perjuicio económico causado al titular del espacio, pues si presupone que la actividad está prohibida ha de aplicarse el concurso real de delitos con el apartado 1, que si castiga que la conducta “esté expresamente prohibida por las normas específicas de caza y pesca.”¹⁷⁷ Una última crítica ponen de manifiesto en relación a su ubicación, las autoras GARCIA ALVAREZ y LOPEZ PEREGRIN y es que, mientras este delito se mantenga dentro del conjunto de los medioambientales, habrá que exigirse por lo menos (igual que en apartado anterior), un peligro para la biodiversidad que respete los principios de intervención mínima y de lesividad, a fin de no incurrir en una inconstitucionalidad.

c) El apartado 3 contiene un tipo cualificado para cuando por causa de las conductas de los dos apartados anteriores “se produzcan graves daños al patrimonio cinegético de un terreno sometido a régimen cinegético especial o a la sostenibilidad de los recursos en zonas de concesión o autorización marisquera o acuícola”. En necesario en este tipo que se produzca un daño “grave” (concepto valorativo que requerirá de mayor concreción en sede jurisprudencial), es decir, es necesario un resultado lesivo. Este resultado, por último, ha de recaer sobre el patrimonio cinegético, pero también sobre el piscícola o acuícola, olvidado en la anterior redacción y criticado por algunos autores por ello¹⁷⁸.

d) Tenemos otro tipo cualificado en el apartado 4 del art. 335 para los casos en que “las conductas tipificadas en este artículo se realicen en grupos de tres o más personas o utilizando artes o medios prohibidos penal o reglamentariamente”. Se diferencian dos conductas, por tanto. La primera basada en la idea de coautoría, y en la posibilidad de que ésta aumente la capacidad lesiva de las conductas anteriores, aunque muchas son las dudas por parte de la doctrina de que esto sea así¹⁷⁹. La segunda conducta, configurada como una norma penal en blanco, hace referencia a medios o artes utilizados para la realización de la caza, pesca o marisqueo. Tampoco está exenta de críticas, pues por un lado la

¹⁷⁶ Defensores de esta posición MUÑOZ LLORENTE, J. (Obra cit.) pág. 330, quien considera además, una descripción sibilina del delito de furtivismo. En el mismo sentido, BAUCCELLS LLADÓS, J. “Comentarios al Código Penal. Parte especial” en CÓRDOBA RODÁ, J. /GARCÍA ARÁN, M. (Dir.) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Tomo I*. Marcial Pons, Barcelona, 2004. Pág.1450;

¹⁷⁷ GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:33

¹⁷⁸ MUÑOZ LLORENTE, J. (Obra cit.) pág. 335

¹⁷⁹ HAVA GARCIA, E. *La tutela penal de los animales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009. Pág.97

configuración como norma penal en blanco hace más difícil la concreción de cuáles son esas artes o medios prohibidos. Y por otro lado, plantea problemas de delimitación con el art. 336 que trata sobre la caza o pesca con medios peligrosos, habiendo de aplicarse un concurso de leyes que analizaremos posteriormente, en el epígrafe de relaciones concursales.

Basta con que concurra una de las circunstancias de este último precepto, para que se aplique el tipo agravado.

5.4.5 El tipo subjetivo

Para este delito se contempla únicamente forma dolosa, no estando previsto el castigo de la imprudencia. Lo cual determinará la atipicidad de todos los supuestos de error de tipo, que serán frecuentes. Será necesario para que exista dolo, que el sujeto activo conozca que la especie susceptible de caza, no puede ser cazada (ap.1), que conozca que está en un terreno, privado o público sometido a régimen cinegético especial y para el que no tiene permiso del titular (ap.2), que sea consciente de que causa un daño “grave” al patrimonio cinegético o piscícola (ap.3) o que está empleando medios prohibidos (ap. 4).

En todos los casos en que medie el desconocimiento podrá plantearse el error de tipo, sin embargo, la jurisprudencia, en la mayoría de los supuestos, se muestra reacia a apreciar este error cuando el sujeto activo sea cazador o pescador profesional o tenga reconocida experiencia en esos ámbitos¹⁸⁰.

5.4.6 Relaciones concursales

En los supuestos en que la actividad recogida en el art. 335 se lleve a cabo en un espacio natural protegido, habrá que valorar la posible concurrencia con el art. 330. Sin embargo, se considera poco probable que la caza o pesca de especies comunes, dañe gravemente o modifique alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, tales supuestos deberán castigarse con el art. 355 y el agravante del art. 338. Si por el contrario, estos daños fueran de magnitud suficiente para considerarse graves, entraría en acción el artículo 330.

¹⁸⁰ GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:36

En el caso antes mencionado, de las relaciones entre el art.335.4 y el 336, para delitos con medios o artes prohibidos, estas se resolverán por el principio de alternatividad, debiendo aplicarse la calificación que en el caso concreto conduzca a una mayor pena (tipo básico del art.335 en concurso con el art.336, o el tipo básico del art.335 con la cualificación del 335.4). Aunque otros autores creen que la resolución ha de ser siempre a favor del art. 336¹⁸¹.

5.4.7 Penalidad

Para el tipo básico recogido en el apartado 1, se establece pena de multa de ocho a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años.

Para el segundo de los apartados, relativo a la caza, pesca o realización de actividades de marisqueo en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso del titular, se estipula 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.

Para los supuestos en que las actividades de los dos primeros supuestos produjeran daños graves al patrimonio cinegético de un terreno sometido a régimen cinegético especial o a la sostenibilidad de los recursos en zonas de concesión o autorización marisquera o acuícola, se prevé la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de cazar, pescar, y realizar actividades de marisqueo por tiempo de dos a cinco años.

En último caso, la pena se impondrá en su mitad superior cuando las conductas tipificadas en este artículo se realicen en grupo de tres o más personas o utilizando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente.

¹⁸¹ CONDE-PUMPIDO TOURÓN Y LOPEZ BARAJA DE QUIROGA *Comentarios al Código Penal*. Bosch, 2007. Pág. 2567.

5.5 Caza o pesca con medios peligrosos. (Artículo 336 del Código Penal)

5.5.1 Art.336 C.P

“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”.

5.5.2 Sujeto activo y pasivo

Se configura esta norma como un delito común, en el que el sujeto activo puede serlo cualquiera y el sujeto pasivo encuentra su fundamento en el art. 45 CE, declarándose su tutela en la consideración del interés general. Por lo tanto, el sujeto pasivo somos el conjunto de la sociedad.

5.5.3 Objeto material

Constituyen el objeto material todas las especies susceptibles de ser cazadas o pescadas, sin importar si se encuentran o no protegidas¹⁸². Lo característico de este artículo es que el tipo únicamente exige que los medios o artes empleados posean eficacia destructiva o no selectiva para la fauna.

5.5.4 Instrumentos del delito

El artículo 336 enumera los medios o artes prohibidos, salvo autorización legal expresa. Son, el veneno, los medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna.

Para determinar a qué se refiere el legislador con “otros instrumentos” hemos de acudir al Art. 65 a) LPNB que establece que *“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*

¹⁸² BAUCCELLS LLADÓS, J. (Obra cit.)pág. 1462

desaparición, o turbar gravemente la tranquilidad de las poblaciones de una especie. En particular quedan incluidas en el párrafo anterior la tenencia, utilización y comercialización de los procedimientos para la captura o muerte de animales y modos de transporte prohibidos por la Unión Europea, que se enumeran, respectivamente, en las letras a) y b) del anexo VII¹⁸³”.

5.5.5 La conducta típica

La acción o conducta típica consistirá en el empleo para la caza o pesca de veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna, sin estar legalmente autorizado. De esta redacción se desprenden varias consideraciones.

En primer lugar, hay que diferenciar dos tipos, un tipo básico que será el arriba mencionado y un tipo cualificado para los supuestos en que el daño causado fuera de notoria importancia. Termina este último, de carácter valorativo, que habrá que determinar en cada caso concreto, pudiendo utilizar para ello, métodos cuantitativos (como el número de especímenes afectados por la acción, o la diversidad de las especies afectadas) o cualitativos (como la situación de protección o peligro de extinción de la especie afectada)¹⁸⁴

En segundo lugar, se configura el tipo básico, como un delito de mera actividad o peligro abstracto, únicamente es necesario, por tanto, el empleo de los métodos descritos para

¹⁸³En el anexo VII encontramos la siguiente clasificación: **a) Medios masivos o no selectivos:** 1. Animales ciegos o mutilados utilizados como reclamos; 2. Grabadores y magnetófonos, aparatos electrocutantes, dispositivos eléctricos y electrónicos que pueden matar o aturdir; 3. Fuentes luminosas artificiales, espejos, dispositivos para iluminar los blancos, dispositivos de visor que incluyan un convertidor de imagen o un amplificador de imagen electrónico para tiro nocturno; 4. Armas semiautomáticas o automáticas cuyo cargador pueda contener más de dos cartuchos; 5. Trampas no selectivas en su principio o en sus condiciones de empleo; 6. Redes, lazos (sólo para aves), cepos, trampas-cepo, venenos, cebos envenenados o tranquilizantes; 7. Ligas; 8. Explosivos; 9. Asfixia con gas o humo; 10. Ballestas; 11. Anzuelos (salvo para el ejercicio de la pesca) **b) Medios de transporte:** 1. Aeronaves; 2. Vehículos a motor; 3. Barcos a motor (salvo para el ejercicio de la pesca.

¹⁸⁴ BAUCELLS LLADÓS, J. (Obra cit.) págs. 1465-1466; En el mismo sentido, GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.) Pág. 11:39

incurrir en el delito¹⁸⁵. Lo relevante aquí, no es la especie que ha sido cazada o pescada, de hecho, no es necesario que se haya dado muerte a ningún espécimen, sino el peligro para la diversidad que el uso de estos medios provoca. En el tipo cualificado, por el contrario, nos encontramos ante un delito de resultado al hablarse de “daño causado”, siendo necesario en este caso, que el uso de medios peligrosos produzca un daño efectivo de notoria importancia.

El tipo básico exige también, la falta de autorización administrativa.

Por último, a la hora de interpretar la “similar eficacia destructiva o no selectiva” será necesario valorar por medio de la analogía estos medios utilizados, tomando como base la del explosivo o veneno, es decir, estas conductas habrán de ser equiparables al veneno o los explosivos en poder destructivo o no selectivo¹⁸⁶.

5.5.6 El tipo subjetivo

Solamente está prevista la comisión dolosa para este delito. No se contempla la comisión imprudente, con los conocidos problemas de aplicación que ello conlleva, pues si el sujeto pasivo desconoce: la potencialidad destructiva de los medios que utiliza; que no tiene la correspondiente autorización; o en el caso del tipo cualificado, el notorio daño que puede causar, habrá de determinarse la atipicidad de la conducta por error de tipo, aunque este fuera vencible.

5.5.7 Relaciones concursales

Las relaciones entre el art.335.4 y el 336, para delitos con medios o artes prohibidos, se establecen como concurso de leyes y resolverán por el principio de alternatividad, debiendo aplicarse la calificación que en el caso concreto conduzca a una mayor pena (tipo básico del art.335 en concurso con el art.336, o el tipo básico del art.335 con la calificación del 335.4).

¹⁸⁵ HAVA GARCIA, E. (Obra cit.) Pág.343

¹⁸⁶ GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:37

En los casos en que se afecte a especies protegidas, tendremos concurso de delitos entre el art.336 y el 334 al no tener en cuenta el 336 ese desvalor específico de que la concreta especie afectada este protegida¹⁸⁷.

5.5.8 Penalidad

Se prevé para el tipo básico, en el que sin autorización se empleen para la caza o pesca veneno, medios explosivos o instrumentos de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna, pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses, y en cualquier caso, la inhabilitación especial para profesión u oficio y la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de uno a tres años.

Para el tipo cualificado, en que el daño causado fuera de notoria importancia, se establece la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior.

5.6 Malos tratos y abandono de animales. (Artículo 337 y 337 bis del Código Penal)

5.6.1 Art.337 C.P

“1. Será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión e inhabilitación especial de un año y un día a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, el que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometiéndole a explotación sexual, a:

- a) un animal doméstico o amansado,*
- b) un animal de los que habitualmente están domesticados,*
- c) un animal que temporal o permanentemente vive bajo control humano, o*
- d) cualquier animal que no viva en estado salvaje.*

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

¹⁸⁷ MUÑOZ CONDE, F. (Obra cit.) pág. 517

- a) *Se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida del animal.*
- b) *Hubiera mediado ensañamiento.*
- c) *Se hubiera causado al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal.*
- d) *Los hechos se hubieran ejecutado en presencia de un menor de edad.*

3. *Si se hubiera causado la muerte del animal se impondrá una pena de seis a dieciocho meses de prisión e inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.*

4. *Los que, fuera de los supuestos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales”.*

5.6.2 Art.337 bis C.P

“El que abandone a un animal de los mencionados en el apartado 1 del artículo anterior en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales”.

5.6.3 Bien jurídico protegido

Nos hallamos ante unos preceptos peculiares, que no comparten el mismo bien jurídico que el resto de artículos del Capítulo IV del Título XVI del Código Penal, el medio ambiente. Motivo por el cual han recibido muchas críticas por parte de la doctrina. Algunas debido a su ubicación sistemática, pues a ojos de algunos autores, no deberían incluirse en este título al no tener relación con el resto de artículos contenidos en él¹⁸⁸. Pero la gran mayoría provienen de la dificultad de concretar cuál es el bien jurídico que se protege,

¹⁸⁸ BLANCO CORDEIRO, I. *Comentarios al Código Penal*. 2ª Edición, (Dir.) GOMEZ TOMILLO, M. Lex Nova, 2011. Pág.1313

llegándose a preguntar ¿es la propia sensibilidad del animal? ¿Son los buenos sentimientos de la mayor parte de las personas hacia ellos? O ¿lo son la vida y la salud del animal?¹⁸⁹ Hoy la mayor parte de la doctrina, parece haberse puesto de acuerdo en que el bien jurídico protegido es “el bienestar animal”, superando la concepción antropocéntrica¹⁹⁰ que ponía el acento en los sentimientos humanos de amor o compasión hacia los animales, consideración que seguía entendiendo estos como objeto de protección siempre en función del daño que causara al hombre el maltrato.¹⁹¹

5.6.4 Sujeto activo y sujeto pasivo

De nuevo tenemos un delito común en el que cualquier persona puede ser sujeto activo, sin importar si es propietario o no, si es poseedor del animal o si tiene su custodia permanente. Cuestiones que, en caso de responder además, por un delito o falta de daños al patrimonio ajeno, si tendrán relevancia¹⁹².

Existen a este respecto dudas de quien es el titular del bien jurídico protegido, derivadas de las dos corrientes de opinión existentes. En primer lugar, quienes consideran que el bien jurídico lo compone “el bienestar animal” establecen como sujetos pasivos a los animales domésticos o amansados, entendiendo por tales tanto a los habitualmente domesticados, como a los que de forma temporal o permanente están bajo control humano¹⁹³. Sin embargo, los que defienden posturas antropocéntricas, como la autora SERRANO TARRAGA, opina que los animales domésticos no son sujeto pasivo sino objeto material del delito, conformando por ende el sujeto pasivo, los dueños o poseedores o la colectividad en general¹⁹⁴.

¹⁸⁹ MUÑOZ CONDE, F. (Obra cit.) Pág.518

¹⁹⁰ Defensores de esta visión antropocéntrica, autores como GUZMAN DALBORA, que dice “una conducta lesiva hacia los animales determinaría un efecto nocivo sobre el conjunto de la sociedad, que sería, por tanto, contraria a esa moral pública y a esas buenas costumbres” Para este, el bien jurídico protegido sería la sociedad, relegando al animal a la consideración de cosa o bien patrimonial. GUZMAN DALBORA, J.L “El delito de maltrato de animales” en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor d. JOSE CEREZO MIR*. Tecnos, Madrid, 2002. Págs. 1324-1328

¹⁹¹ MARQUÈS I BANQUÉ, M. *Comentario a la reforma penal del 2015. Parte especial. (Dir.)* QUINTERO OLIVARES, G. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid. 2015 Pag.674-675

¹⁹² GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:41-42

¹⁹³ MUÑOZ CONDE, F. (Obra cit.) Pág.518

¹⁹⁴ SERRANO TARRAGA, M.D. “El maltrato de animales” *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época, n° extraordinario2. 2004 Pág.511

5.6.5 El objeto material

La redacción de la reforma del 2015, es acorde con la transición en la concepción del bien jurídico protegido, y es igualmente coherente con aquellas resoluciones jurisprudenciales que venían recordando la absoluta irrelevancia penal de la propiedad del animal¹⁹⁵. De este modo, se aprovecha en la modificación para reforzar la protección de los animales mediante una definición de los que son objeto del delito, que incluye los animales domésticos o amansados, los que habitualmente domesticados, los que de forma temporal o permanente están bajo control humano o cualquiera que no viva en estado salvaje.

5.6.6 La conducta típica

Se articula en cuatro supuestos:

a) El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometiéndole a explotación sexual: Se configura como el tipo básico del art.337. Son varias las cuestiones en relación a este tipo que hemos de analizar.

La primera hace alusión al término “injustificadamente”, acepción valorativa que ha sido objeto de diversas críticas por su carácter superfluo, pero que se mantiene en un intento por parte del legislador, de adelantar por medio de la exclusión determinados supuestos del tipo delictivo. Estos supuestos los conforman aquellos que pese a constituir maltrato, están amparados por causa de justificación, como la experimentación con animales, o determinadas fiestas, al estar regulados por ley.

En segundo lugar, se configura este tipo como un delito de resultado. En necesario que se produzcan lesiones que menoscaben gravemente su salud, careciendo de importancia, en este caso, el medio empleado para hacerlo. Estas lesiones abarcaran todas aquellas que siendo graves, no se encuentren tipificadas en el apartado 2.c) de este artículo. Entiende la doctrina, que cabe la comisión por omisión siempre que el sujeto activo tenga la condición de garante¹⁹⁶.

Por último, analizamos el concepto de explotación sexual como forma alternativa de maltrato animal. La inclusión de esta conducta se llevó a cabo en la última reforma,

¹⁹⁵ MARQUÈS I BANQUÉ, M. (Obra cit.) Pág.675

¹⁹⁶ En ese sentido, autores como BAUCCELLS LLADÓS, J. (Obra cit.)pág.1471; o BLANCO CORDEIRO, I. (Obra cit.)Pág. 1314

alegando que existía en España un vacío legal con respecto a otros países de la Unión Europea, sobre una conducta “más extendida de lo que se piensa”. Esta justificación ponía de manifiesto que la sanción penal sería únicamente posible, cuando de la agresión se derivaran lesiones graves o la muerte del animal, castigándose por el maltrato pero no por la agresión sexual en si misma considerada. En esta línea, MUÑOZ CONDE opina que de no ser así, estaríamos convirtiendo el Derecho Penal en un instrumento de persecución de las conductas sexuales desviadas de las “normales”.¹⁹⁷ Sin embargo, el legislador redactó un precepto general sobre la explotación sexual que da lugar a múltiples dudas, pues no especifica que conductas integran el tipo, y cuáles no. MARQUÈS I BANQUÈ en contraposición a la interpretación antes comentada, defiende que si por explotación sexual entendemos el abuso o aprovechamiento de la situación de indefensión de la víctima con fines sexuales, situación en que se encuentran los animales, cabe dentro del precepto cualquier práctica sexual con alguno de los animales tutelados en este artículo 337, sin necesidad de que de esta acción se deriven lesiones graves o la muerte para el espécimen. Así, para esta autora, entrarían dentro del tipo, las prácticas de zoofilia, bestialismo, zoosadismo e incluso la pornografía animal. Conductas que salvo que concurra el maltrato, quedarían fuera del tipo para los defensores de la primera interpretación¹⁹⁸.

b) El segundo supuesto comprende los casos en que se usen medios u objetos peligrosos para la vida del animal, cuando medie ensañamiento, cuando se le cause al animal la pérdida o la inutilidad de algún sentido, órgano, o miembro principal o cuando las conductas delictivas se realicen en presencia de un menor de edad. Nos encontramos ante un supuesto cualificado agravado cuya referencia se encuentra en los delitos de lesiones¹⁹⁹.

Con respecto a la primera conducta, es requisito indispensable que los medios, armas u objetos sean peligrosos para la vida del animal, sin embargo, si tenemos en cuenta la situación normal de indefensión y el tamaño habitual de estos, resulta difícil encontrar supuestos en que estos medios no pongan en riesgo la vida del espécimen.

El legislador, en 2015, volvió a incluir el ensañamiento, que había sido eliminado en el 2010, pero esta vez, no como requisito típico del delito, sino como circunstancia agravante específica. A la luz del art.22.5 C.P definimos que la conducta con ensañamiento será

¹⁹⁷ MUÑOZ CONDE, F. (Obra cit.) Pág.519

¹⁹⁸ MARQUÈS I BANQUÈ, M. (Obra cit.) Pág.677-678

¹⁹⁹ En especial el art.148 C.P Apartados 1,2,3: “1. Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o la salud, física o psíquica, del lesionado; 2.Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía; 3. Si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.”

aquella que “*aumenta deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando en esta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito*”, debiendo concurrir en ella, por tanto, tanto el elemento subjetivo (carácter deliberado del exceso) como el elemento objetivo (causación de males innecesarios).

La tercera de las conductas especifica el tipo de lesiones que van a ser objeto del tipo agravado, siendo estas la pérdida o la inutilidad de algún sentido, órgano, o miembro principal. El resto de lesiones graves distintas a las enumeradas, se regirán, como vimos anteriormente, por el tipo básico.

En último lugar, será de aplicación el tipo agravado cuando estas conductas se realicen en presencia de un menor.

Los cuatro apartados ahora descritos, son posibles tanto para los casos de maltrato animal, como para los de explotación sexual.

c) Queda configurado en el apartado 3 del art.337, otro tipo cualificado agravado para las situaciones en que las conductas de maltrato o explotación sexual tengan como resultado la muerte del animal. Entiende la doctrina, que en aquellos casos en que, debido a la gravedad de las lesiones sea necesario el sacrificio del espécimen, llevado a cabo por personal veterinario conforme a las leyes vigentes en la materia, habrá de aplicarse este tipo cualificado²⁰⁰.

d) Recoge el apartado final del artículo 337 un tipo atenuado de maltrato animal para los supuestos en que este se realice de forma cruel en espectáculos no autorizados legalmente. Este precepto subsume la antigua falta de maltrato animal del art.632.2 C.P²⁰¹ configurándose como un tipo residual. Las mismas críticas que recibió la falta del art. 632 son reprochables en esta redacción. Por un lado, el término “cruelmente” constituye un elemento subjetivo difícilmente acotable²⁰². Por otro lado, plantea confusión la exigencia de “espectáculos no autorizados legalmente”, excluyéndose del ámbito penal, por ejemplo, las “corridas de toros”, aun suponiendo maltrato evidente para el animal.

²⁰⁰ En ese sentido, MARQUÈS I BANQUÉ, M. (Obra cit.) Pág.679

²⁰¹ Art.632.2 C.P (Derogado): “*Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente sin incurrir en los supuestos previstos en el art.337 serán castigados con la pena de multa de 20 a 60 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 20 a 30 días*”.

²⁰² MUÑOZ CONDE establece una similitud con el termino del tipo básico “injustificado”. MUÑOZ CONDE, F. (Obra cit.) Pág.519; En el mismo sentido, MARQUÈS I BANQUÉ explica que para la tesis mayoritaria queda incluido en el tipo cualquier maltrato cruel a un animal doméstico que quede fuera de los supuestos comprendidos en los demás apartados del art.337. MARQUÈS I BANQUÉ, M. (Obra cit.) Pág.680

El artículo 337 bis acoge la derogada falta contemplada en el artículo 631.2 C.P.²⁰³ Cuya acción típica la conformará el abandono de animales domésticos en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad.

5.6.7 El tipo subjetivo

Una vez más, únicamente se contempla la comisión dolosa para este delito. No cabe la comisión imprudente, y por tanto, si el sujeto pasivo desconoce que su conducta es constitutiva de maltrato y que con ella puede producir lesiones o la muerte del animal, habrá de determinarse la atipicidad de la conducta por error de tipo, aunque este fuera vencible²⁰⁴.

5.6.8 Antijuricidad

Hay varios casos en los que entran en juego las causas de justificación. El primero de ellos, lo constituirán aquellos supuestos como la experimentación con animales, o determinadas fiestas (corridos de toros), que están reguladas por ley. En segundo lugar, en casos en que sea el animal quien haya atacado al sujeto, podría alegarse estado de necesidad, nunca legítima defensa pues este está reservado para casos en que el atacante sea una persona²⁰⁵.

Con respecto al delito leve contenido en el 337.4 existe un criterio de oportunidad, introducido en la revisión del procedimiento de las faltas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (por el que se sustancian los procedimientos por delitos leves), según el cual se permitirá a los jueces, a petición del Ministerio Fiscal, sobreseer estos procedimientos valorada la muy escasa gravedad del hecho y la falta de interés público en la persecución del hecho.

²⁰³ Art.631.2 C.P (Derogado): *“Quienes abandonen a un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad serán castigados con la pena de multa de quince días a dos meses”*

²⁰⁴ GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:46

²⁰⁵ BLANCO CORDEIRO, I. (Obra cit.)Pág. 1314

5.6.9 Penalidad

Se establece para el tipo básico de maltrato de animales (art.337.1 C.P) la pena de tres meses y un día a un año de prisión e inhabilitación especial de un año y un día a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Para el tipo cualificado agravado del apartado 2, se prevé la imposición de las penas previstas en el anterior en su mitad superior.

En los casos en que se produzca la muerte del animal, recogidos en el apartado 3, la pena será de seis a dieciocho meses de prisión e inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

El último apartado del art 337, que articula el tipo atenuado, se dicta pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Mientras que para el tipo básico y los dos tipos agravados, la inhabilitación especial se impondrá como pena cumulativa, en el tipo comprendido en el último precepto del artículo 337, esta inhabilitación tendrá carácter facultativo por parte de los tribunales.

La pena establecida para el delito leve, redactado en el artículo 337 bis, es la multa de uno a seis meses. De igual forma que en el art.337.4, el juez tendrá la facultad de imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

5.7 Disposiciones comunes al Título XVI. (Arts. 338, 339 y 340 C.P)

5.7.1 Art.338 C.P

“Cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas”

Nos encontramos ante un tipo cualificado agravado, consistente en la aplicación del grado superior de la pena para los delitos relativos a la ordenación del territorio, protección del patrimonio histórico y medio ambiente. Siendo así, aplicable a todos los delitos del Título XVI.²⁰⁶

La conducta aquí penada será aquella en que los delitos del Título XVI afecten a un espacio natural protegido. Para saber a qué nos referimos con este término hemos de acudir a al Capítulo II de la LPNB (Arts.27 a 40) que regula la protección de espacios. En especial, a su artículo 27, que los define²⁰⁷ y el art. 29 que los clasifica²⁰⁸. Deberemos añadir, a esta lista, los espacios que se protejan en la Red Natura 2000, regulados en el Título III de la LPNB, definidos en el artículo 41²⁰⁹

Solo cabe para ese delito la modalidad dolosa, siendo atípica la comisión por imprudencia. Y se trata de un delito común, por lo que el sujeto activo podemos serlo cualquiera y el sujeto pasivo, al igual que en la generalidad de los delitos medioambientales, lo será el conjunto de la sociedad.

²⁰⁶ SANCHEZ LINDE, M. “Consideraciones sobre el delito de daños a un espacio natural protegido” *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3ª Época. N°15 Enero 2016. Pág.176

²⁰⁷ Art. 27 LPNB: “1. Tendrán la consideración de espacios naturales protegidos aquellos espacios del territorio nacional, incluidas las aguas continentales, y las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción nacional, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que cumplan al menos uno de los requisitos siguientes y sean declarados como tales:

- a) Contener sistemas o elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo.
- b) Estar dedicados especialmente a la protección y el mantenimiento de la diversidad biológica, de la geodiversidad y de los recursos naturales y culturales asociados.

2. Los espacios naturales protegidos podrán abarcar en su perímetro ámbitos terrestres exclusivamente, simultáneamente terrestres y marinos, o exclusivamente marinos”.

²⁰⁸ Art. 29 LPNB: “En función de los bienes y valores a proteger, y de los objetivos de gestión a cumplir, los espacios naturales protegidos, ya sean terrestres o marinos, se clasificarán, al menos, en alguna de las siguientes categorías:

a) Parques. b) Reservas Naturales. c) Áreas Marinas Protegidas. d) Monumentos Naturales. e) Paisajes Protegidos”.

²⁰⁹ Art.41 LPNB:” 1. La Red Ecológica Europea Natura 2000 es una red ecológica coherente compuesta por los Lugares de Importancia Comunitaria, hasta su transformación en Zonas Especiales de Conservación, dichas Zonas Especiales de Conservación y las Zonas de Especial Protección para las Aves, cuya gestión tendrá en cuenta las exigencias económicas, sociales y culturales, así como las particularidades regionales y locales.

2. Los Lugares de Importancia Comunitaria, las Zonas Especiales de Conservación y las Zonas de Especial Protección para las Aves tendrán la consideración de espacios protegidos, con la denominación de espacio protegido Red Natura 2000, y con el alcance y las limitaciones que las Comunidades autónomas establezcan en su legislación y en los correspondientes instrumentos de planificación.

3. El Ministerio de Medio Ambiente, con la participación de las Comunidades autónomas, elaborará, en el marco del Plan Estratégico Estatal del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, unas directrices de conservación de la Red Natura 2000. Estas directrices constituirán el marco orientativo para la planificación y gestión de dichos espacios y serán aprobadas mediante acuerdo de la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente”.

El principal problema que suscita este artículo, es su similitud con el art.330 C.P. Ambos se refieren a espacios naturales protegidos, sin embargo, el art. 330 habla de “un daño grave a alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo como tal”, mientras que el 338 introduce la expresión “afectar al espacio natural protegido”, que si bien es más indeterminada, a priori tiene un alcance más amplio y engloba el acto de dañar que tipifica el 330. Por ello, en virtud del principio *non bis in ídem*, no se podrá castigar por el delito del art.330 y apreciar además la cualificación del art.338. De tal manera, que si además del delito del art.330 se ha cometido otro delito contra la flora y fauna, habrá que apreciar concurso de leyes, resolviéndolo por vía de la alternatividad, respondiendo el sujeto de la cualificación que conduzca en el caso concreto a una pena mayor: bien por el delito cualificado del art.338, o bien por el delito contra la flora y la fauna cometido en concurso de delitos con el daño a elemento de espacio natural protegido del art.330.²¹⁰

En opinión de las autoras GARCIA ALVAREZ y LOPEZ PEREGRIN también se plantean problemas concursales entre el art.338 y el 335.2. Defienden la tesis de que el art. 335.2 no solo protege intereses patrimoniales, sino que ha de exigirse un peligro para la biodiversidad a fin de no incurrir en una inconstitucionalidad (por no respetar los principios de intervención mínima y de lesividad). Esto hace que, teniendo en cuenta que los espacios naturales protegidos y los comprendidos en el art.335.2 coinciden parcialmente, no será de aplicación a este último la cualificación del art.338 atendiendo al principio *non bis in ídem*²¹¹.

5.7.2 Art.339 C.P

“Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título”

Podemos apreciar dos partes en este artículo:

La primera, tiene que ver con la restauración del equilibrio biológico perturbado por parte del sujeto activo del delito. Esta restauración no tiene un carácter de sanción, puesto que no hay previsto en este artículo un catálogo de penas, sino como una institución fundamentada en el principio de derecho medioambiental de “quien contamina, paga”

²¹⁰ GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:53-54

²¹¹ GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:54

formulado en la Cumbre de Rio de Janeiro de 1992.²¹² Se configura como una obligación, ordenada por los jueces y tribunales, perdiendo así el carácter facultativo que tenía en anteriores redacciones. Es necesario aclarar, que la expresión “a cargo “no hace referencia a que el sujeto activo no haya de realizar el mismo la acción reparadora, sino únicamente sufragarla²¹³.

En segundo lugar, la expresión “cualquier otra medida cautelar necesaria” englobaría todas aquellas prohibiciones de actividades, imposición de condiciones o realización de actividades correctoras, que se interpongan con la finalidad de proteger los bienes jurídicos de este Título²¹⁴.

5.7.3 Art.340 C.P

“Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas”

Contiene este artículo un tipo privilegiado, con efecto atenuatorio para los casos en que el sujeto activo proceda de manera voluntaria a reparar el daño. La doctrina entiende por “daño causado” a aquellos resultados, que sean imputables objetivamente, según las reglas del Derecho Civil, a la conducta peligrosa para el medio ambiente. Lo cual permite excluir los resultados no imputables al sujeto activo, bien sea por que aún no se han producido, o porque sean imputables a un tercero²¹⁵.

La reparación no ha de entenderse en un sentido estricto, únicamente como reparación efectiva, sino que se aplicara este tipo cuando el culpable lleve a cabo actos positivos a favor de dicha restauración, aunque no lo consiga totalmente, siempre que haya hecho todo lo que esté al alcance de sus posibilidades. Si se asociara la atenuación de la responsabilidad

²¹² Principio cuyas normas se regulan en la Directiva 2004/35 CE, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

²¹³ RODRIGUEZ LOPEZ, P. *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho Penal. La administración pública como garante*. Bosch. Barcelona, 2007. Pág. 415

²¹⁴ GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:55

²¹⁵ SILVA SANCHEZ, J.M *Delitos contra el medio ambiente*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999. Pág. 181

con la posesión de la capacidad económica necesaria para conseguir la reparación efectiva se estaría vulnerando el principio de igualdad.²¹⁶

Existe en el art. 21.5ª C.P.²¹⁷ un atenuante con el que el tipo del art. 340 se relaciona mediante el concurso de leyes, que se resuelve en favor de este último por el principio de especialidad. Sin embargo, se plantea un problema en los casos en que esta atenuante del art.21.5ª se aprecie como muy cualificada, estableciéndose, en virtud del art. 66.1.2ª C.P.²¹⁸, la reducción de la pena en uno o dos grados. En estos casos el efecto privilegiante del art.340 desaparecería. El Tribunal Supremo en la STS 1183/2003, de 23 de septiembre, dictaminó que el art. 66.1.2ª al permitir rebajar la pena en uno o dos grados cuando el atenuante se considera muy cualificada, no distingue entre atenuantes genéricas y específicas, por lo que cabe considerar como muy cualificada la atenuante específica contenida en el art. 340, desplazando esta al art. 21.5ª. Las autoras GARCIA ALVAREZ y LOPEZ PEREGRIN²¹⁹ consideran esta interpretación un tanto cuestionable, y que conduce a resultados materiales injustos. Ellas opinan que se apreciará la atenuante del art. 21.5ª en vez del tipo del art.340 en los casos en que la reparación del daño llevada a cabo por el acusado fuera tan importante que el juez la considere merecedora de una rebaja en la pena de dos grados.²²⁰

Otra problemática surge en torno al marco temporal del art. 340. El Tribunal Supremo se ha manifestado en sentidos contradictorios al respecto. Así por ejemplo, en la STS 693/2003, de 17 de mayo, sostiene la postura de que para el tipo del art. 340 rige el mismo marco temporal que para el art. 21.5ª, declarando que (FJ 5º) “no puede reputarse como acto de preparación voluntario el cese de la actividad delictiva tras las actuaciones de la Policía Judicial”. Por el contrario, en la STS 1183/2003, de 23 de septiembre, el TS parece adoptar la posición contraria al hacer hincapié (FJ 3ª) que “al atenuar la responsabilidad criminal de los autores de delitos contra el medio ambiente, no establece barreras temporales, en función del desarrollo del proceso, sino que, de manera práctica ilimitada,

²¹⁶ SILVA SANCHEZ, J.M Y MONTANER FERNANDEZ, R. *Los delitos contra el medio ambiente*. Atelier. Barcelona, 2012. Pág. 265

²¹⁷ Art.21.5ª C.P: “*Son circunstancias atenuantes: 5ª.La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.*”

²¹⁸ Art. 66.1.2ª”*Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, apicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.* “

²¹⁹ GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:56

²²⁰ La misma tesis sostienen, SILVA SANCHEZ, J.M Y MONTANER FERNANDEZ,R. “*Los delitos...*” Pág. 269

permite establecer la pena en el grado inferior a expensas de la reparación voluntaria del daño causado”. La doctrina también difiere a este respecto, mientras que autores como GOMEZ TOMILLO interpretan que lo más razonable es que la reparación tenga lugar con anterioridad al juicio oral,²²¹ GARCIA ALVAREZ y LOPEZ PEREGRIN defienden que puesto que el fin ha de ser el de intentar restablecer el equilibrio ecológico perturbado, el momento en que se produzca este acto de reparación es irrelevante.²²²

²²¹ GOMEZ TOMILLO, M. (Obra cit.) Pág. 1319

²²² GARCIA ALVAREZ, P. y LOPEZ PEREGRIN, C. (Obra cit.)Pág.11:57

6. CONCLUSIONES

La protección del medioambiente, es una materia muy viva, en constante evolución. La conciencia social cambia rápido, poniendo en el foco del debate conductas antes anodinas como la tauromaquia, la caza, la pesca o los cuidados de los animales en las granjas. Esto hace que sea un tema difícil de regular y casi inevitable que el legislador vaya un paso por detrás.

El análisis de los artículos del Capítulo IV del Título XVI, nos ha revelado las deficiencias que posee la técnica legislativa de la ley en blanco. La normativa administrativa es cambiante y amplia, lo que en ocasiones dificulta su concreción y precisión creando inseguridad jurídica y complicando su aplicación práctica. Además, hay veces que genera situaciones en las que pueden ponerse en riesgo los principios de igualdad, intervención mínima y legalidad. Sin embargo, considero que esta técnica, es la única que posee la flexibilidad y capacidad de adaptación que esta materia necesita.

Por otro lado, hemos visto que el principio de taxatividad también se ha visto perjudicado por la complejidad y falta de definición, o más bien, la falta de interpretación unitaria de ciertos términos técnicos o científicos, durante las distintas reformas; habiendo que acudir incluso al diccionario de la Real Academia de la Lengua, o a textos científicos, para su definición. Es dificultoso establecer un criterio unitario, debido a la cantidad de normas que confluyen en estos preceptos, pero es cierto, que en la última redacción pudo apreciarse un intento por parte del legislador de clarificar y acotar términos y conductas incluyendo, por ejemplo, actividades como el marisqueo.

Más difícil de entender y compartir para mí, es la ubicación sistemática de algunos preceptos dentro de este Capítulo, como el art. 335.2 C.P orientado a la protección de intereses patrimoniales, o los arts. 337 y 337 bis C.P, cuyo bien jurídico protegido difiere tanto del conjunto.

En conclusión, creo que la actual redacción tiene problemas. Problemas que hacen incluso, que algunos artículos sean difícilmente aplicables en la práctica. La protección del medioambiente aún es frágil. Pero visto en contexto, considero positiva la evolución desde su inclusión en el Código Penal en 1995, y no dudo, también por efecto la presión social cada vez más acuciante, que se conseguirá establecer una protección completa sobre este bien tan preciado, trabajando sobre la base de la actual redacción.

7. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

a) Tribunal Constitucional

STC 127/1990, de 5 de julio

STC 118/1992, de 16 de septiembre

STC 62/1994, de 28 de febrero

STC 120/1998, de 15 de julio

STC 101/2012, de 8 de mayo

STC 145/2013, de 11 de julio

b) Tribunal Supremo

STS 18-11-1991, de noviembre de 1991

STS 67/1995, de 24 de enero

STS 693/2003, de 17 de mayo

STS 1183/2003, de 23 de septiembre

c) Audiencias Provinciales

SAP de Jaén 72/1998, de 15 de mayo

SAP de las Islas Baleares 49/2002, de 30 de marzo

SAP de Barcelona (sin número) de 8 de abril de 2002

8. BIBIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M. “Las leyes penales en blanco” *Nuevo foro penal* n° 68. Julio-diciembre 2015.

ALVAREZ GARCÍA, F.J. *Introducción a la teoría jurídica del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

BACIGALUPO ZAPATER, E. “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”. *Estudios penales y criminológicos*, n°5. 1980-1981.

BALDOMINO DÍAZ, R.A. “(ir) retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco” en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. Vol.4 N°7, 2009.

BAUCELLS LLADÓS, J. “Comentarios al Código Penal. Parte especial” en CORDOBA RODÁ, J. /GARCÍA ARÁN, M. (Dir.) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Tomo I*. Marcial Pons, Barcelona, 2004.

BINDING, K. *Die Normen und ihre Übertretung*. Liezpig, 1916.

BLANCO CORDEIRO, I. *Comentarios al Código Penal*. 2ª Edición, (Dir.) GÓMEZ TOMILLO, M. Lex Nova, 2011.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A. “La problemática de las leyes penales en blanco” (Dir.) FARALDO CABANA, P. *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. 2ª ed. Ariel, Barcelona, 1991.

CARRASCO ANDRINO, M.M. “El daño a los elementos en un espacio natural protegido” en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 71, 2000.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN/LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA. *Comentarios al Código Penal*. 4ª Edición. Bosch, Barcelona, 2007.

DOVAL PAIS, A. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ESTRADA OYUELA/ZEBALLOS DE SISTO. *Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional*. A-Z editora. Buenos Aires, 1993.

GARCÍA ÁLVAREZ, P. y LÓPEZ PEREGRÍN, C. “Los delitos contra la flora, la fauna y los animales domésticos. Análisis doctrinal y jurisprudencial, con referencia a la reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio.” *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº15-11, 2013.

GARCÍA COSTA, F.M. “Capítulo VIII. *A vueltas con la Ley Penal en blanco a propósito del artículo 325.1 del Código Penal*” en CUESTA PASTOR, P.J (Coord.) *La tutela penal del agua*. Dykinson, Madrid, 2011.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Derecho Penal. Introducción*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2006.

GARCÍA RIVAS en ÁLVAREZ JARCIA (Dir.). *La adecuación del Derecho penal española al Ordenamiento de la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009.

GÓMEZ RIVERO, M.C. *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

GUZMÁN DALBORA, J. L. “El delito de maltrato de animales” *La ciencia del derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al profesor doctor Don JOSÉ CERESO MIR*. (Dir.) JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS. Tecnos, 2002.

HAVA GARCÍA, E. *Protección jurídica de la fauna y flora en España*. Editorial Trotta, Valladolid, 2000.

HAVA GARCÍA, E. *La tutela penal de los animales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

JIMÉNEZ BALLESTER, F. “Ponencia: *Delitos relativos a la flora y fauna. Tipos penales en blanco y relación con el derecho administrativo sancionador*” Junta de Andalucía, 2009.

LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Civitas ediciones, Madrid, 2000.

MARQUÈS I BANQUÉ, M. *Comentario a la reforma penal del 2015. Parte especial*. (Dir.) QUINTERO OLIVARES, G. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid. 2015.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*. 8ª ed. Editorial Reppertor. Barcelona, 2006.

MORALES PRATS, F. “La estructura típica de peligro en el delito ambiental” en PICÓN RISQUEZ, J. (Coord.) *Derecho medioambiental de la Unión europea*. McGraw-Hill, Madrid, 1996.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 11ª. Edición. Tirant Lo Blanch Valencia, 1996.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2013.

MUÑOZ LLORENTE, J. “Los delitos relativos a la flora, fauna y animales domésticos (o cómo no legislar en Derecho Penal y cómo no incurrir en despropósitos jurídicos)” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º Época, nº19, 2007.

OCHOA FIGUEROA, A. “Medio ambiente como bien jurídico protegido, ¿Visión antropocéntrica o ecocéntrica?” *Revista de derecho penal y criminología*. 3ª Época nº11. Enero de 2014.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra los intereses individuales y colectivos*. 3ª Edición. Bosch, Barcelona, 1996.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho Penal. La administración pública como garante*. Bosch. Barcelona, 2007.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. “El medio ambiente en la Constitución española. Su conservación como principio político rector y como competencia de las comunidades autónomas” en *Derecho y medioambiente*. CEOTMA, Madrid, 1981.

SÁNCHEZ GASCÓN, A. *Delitos contra la flora y la fauna: Especies amenazadas, caza y pesca*. Exlibris-Ediciones S.L, Madrid, 1998.

SÁNCHEZ LINDE, M. “Consideraciones sobre el delito de daños a un espacio natural protegido” *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3ª Época. N°15 Enero 2016.

SERRANO GOMEZ/SERRANO MAÍLLO. *Derecho penal. Parte especial*. 6ª.Ed. Madrid, 2011.

SERRANO TÁRRAGA, M.D. “El maltrato de animales” *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época, n° extraordinario. 2004.

SERRANO TÁRRAGA/ SERRANO MAÍLLO/ VÁZQUEZ GONZÁLEZ. *Tutela penal ambiental*. Dykinson. Madrid, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. “¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Penal?” En *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n°1, 1993.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Delitos contra el medio ambiente*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, J.M Y MONTANER FERNANDEZ, R. *Los delitos contra el medio ambiente*. Atelier. Barcelona, 2012.

TERRADILLOS BASOCO, J. “Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX. 1996.