

Derecho penal: delitos relativos a la protección de la flora y la fauna (jurisprudencia 2015-2021)*

Carmen Alastuey Dobón

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS TIPOS DELICTIVOS Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA. 2.1. La destrucción, posesión o tráfico de especies protegidas de flora silvestre. 2.2. La introducción o liberación de especies de flora o fauna no autóctona. 2.3. La caza, pesca, posesión o tráfico de especies protegidas de fauna silvestre. 2.4. La caza o pesca de especies no protegidas. 2.5. La utilización de medios con eficacia destructiva para la caza o la pesca. 3. A MODO DE CONCLUSIÓN. 4. BIBLIOGRAFÍA CITADA. 5. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

RESUMEN: En la presente contribución se lleva a cabo un estudio jurisprudencial de los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna (arts. 332-336 del Código Penal). En este sentido, son objeto de análisis los pronunciamientos del Tribunal Supremo y de las audiencias provinciales que aplican los preceptos en su versión reformada por la LO 1/2015, con el fin de averiguar qué criterios jurisprudenciales rigen la exégesis de las mencionadas figuras delictivas y su delimitación de las infracciones administrativas.

* El trabajo se inserta en una de las líneas de investigación del «Grupo de Estudios Penales», grupo de investigación de referencia, financiado por el Departamento de Ciencia, Universidad y Sociedad del Conocimiento del Gobierno de Aragón y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (periodo 2020-2022).

ABSTRACT: The jurisprudence on crimes related to the protection of flora and fauna (arts. 332-336 of the Penal Code) is studied. The pronouncements of the Supreme Court and the provincial courts that apply the regulation established by Organic Law 1/2015 are subject to analysis. The jurisprudential criteria for the application of criminal figures and their delimitation with respect to administrative infractions are determined.

PALABRAS CLAVE: Protección jurídica de la biodiversidad. Delitos contra la flora y la fauna. Jurisprudencia penal.

KEYWORDS: Legal protection of biodiversity. Crimes against flora and fauna. Criminal jurisprudence.

1. INTRODUCCIÓN

Esta contribución tiene por objeto estudiar cuáles son los criterios utilizados por nuestros tribunales en la interpretación y aplicación de los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna, tipificados en los arts. 332 a 336 del Código penal (en adelante, CP) —Capítulo IV, Título XVI, Libro II— desde la entrada en vigor de la LO 1/2015, de reforma del CP, que incide sobre estas figuras delictivas. En realidad, la reforma de 2015 solo otorga una nueva redacción a los arts. 332, 334 y 335, mientras que el actual tenor literal de los arts. 333 y 336 procede de la reforma operada por LO 5/2010. En cualquier caso, el año 2015 se toma como punto de partida, con el fin de delimitar la franja temporal objeto de análisis. Esta abarca desde enero de 2015 hasta diciembre de 2021.

A través de la regulación de los delitos contra la flora y la fauna se pretende otorgar protección penal a valores de naturaleza ecológica, concretamente a la biodiversidad¹, partiendo de que el menoscabo de dichos elementos naturales puede representar un perjuicio al equilibrio ecológico². Que la biodiversidad, como parte del concepto más amplio «medio

¹ Por no compartir esta característica, quedan fuera del estudio los delitos de maltrato y abandono de animales domésticos o asimilados, tipificados a continuación, en el mismo Capítulo IV (arts. 337 y 337 bis CP).

² Sobre los antecedentes legislativos en materia de protección penal de la diversidad biológica, véase MATA LLÍN EVANGELIO (2021), pp. 5 ss.

ambiente»³, es merecedora de protección penal no se discute hoy en día. Sin embargo, no cabe duda de que es el Derecho administrativo quien tiene encomendada en primera instancia la misión de tutelar la flora y la fauna. Siendo así, se impone una descripción cuidadosa de las conductas típicas, con el fin de evitar solapamientos entre los dos sectores del ordenamiento jurídico⁴. En este sentido, procede recordar que la intervención del Derecho penal solo está justificada frente a ataques especialmente graves al bien jurídico protegido —carácter fragmentario del Derecho penal—, por lo que la redacción de los preceptos debería permitir identificar el elemento o elementos adicionales que determinan una afectación más intensa al objeto de protección. Tal y como señala el TS en su sentencia 570/2020 (ECLI:ES:TS:2020:3566), la respuesta penal exige «un plus de ofensividad, un mayor desvalor material del resultado» y, añade, «solo las conductas que vulneren o pongan en peligro el bien jurídico biodiversidad son merecedoras de sanción penal». Dicho de otra manera, no es tarea del Derecho penal castigar la mera desobediencia a la normativa administrativa.

Sin embargo, lo cierto es que en algunos de los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna no se identifica el plus de ofensividad al que alude el TS, e incluso, en algún caso, ni siquiera puede decirse que se tutelen realmente valores de naturaleza ecológica. Ello permite poner en entredicho la legitimidad de algunas de las figuras delictivas que se van a analizar. Ahora bien, como tendré oportunidad de señalar, en ocasiones los tribunales llevan a cabo una interpretación teleológico-restrictiva de los preceptos, lo que contribuye a corregir los defectos de técnica legislativa apreciados en su formulación.

En las páginas que siguen expondré el modo en que son interpretados por nuestros tribunales los elementos típicos que conforman cada figura delictiva. Para llevar a cabo el estudio he analizado los pronunciamientos de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo (dos sentencias), así como una amplia muestra de sentencias de las audiencias provinciales, en su mayoría dictadas al resolver recursos de apelación, cuyo listado se incluye al final del trabajo. No serán objeto de análisis las sentencias de las audiencias provinciales que se ocupan exclusivamente de dar respuesta a las alegaciones de las partes sobre cuestiones de naturaleza procesal.

³ Acerca de las relaciones entre estos términos, véase HAVA GARCÍA (2000), pp. 29 ss. y, sobre la conceptualización del bien jurídico «diversidad biológica», *ibidem*, pp. 53 ss.

⁴ Sobre el problema, HAVA GARCÍA (2000), pp. 216 ss.

2. LOS TIPOS DELICTIVOS Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA

2.1. LA DESTRUCCIÓN, POSESIÓN O TRÁFICO DE ESPECIES PROTEGIDAS DE FLORA SILVESTRE

El art. 332.1 CP describe una serie de conductas difícilmente reconducibles a un denominador común que han de incidir sobre especies protegidas de flora silvestre. Concretamente, se sanciona cortar, talar, arrancar, recolectar, adquirir, poseer o destruir dichas especies, o traficar con ellas, sus partes, derivados de las mismas o con sus propágulos, así como destruir o alterar gravemente su hábitat. El concepto normativo clave es el de «especie protegida», para cuya comprensión será preciso atender a la normativa extrapenal, nacional, autonómica e internacional. Entre la normativa interna, debe prestarse especial atención al Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, creado por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, y desarrollado por el RD 139/2011, de 4 de febrero. Procede indicar que estamos ante un concepto más amplio que el de «especie amenazada»⁵, utilizado antes de la reforma de 2015, pues permite incluir especies que no se encuentran en peligro próximo o inminente de extinción, aunque en general la doctrina entiende que hubiera sido más acertado restringir la intervención penal a estos supuestos⁶. Sobre este objeto material se proyectan las conductas típicas, que pueden agruparse en acciones que implican la destrucción de ejemplares de dichas especies (cortar, talar, arrancar, recolectar o destruir), conductas de tráfico —entendido como comercio— y actos de adquisición o posesión de ejemplares. Se incluyen también como objeto material del delito partes o derivados de las mencionadas especies o sus propágulos —es decir, partes de una planta capaz de originar vegetativamente otro individuo—, aunque debido a una deficiente técnica legislativa, parece que sobre ellos solo puede recaer la conducta de tráfico. Finalmente, se añaden conductas de destrucción o alteración grave del hábitat de dichas especies.

Las conductas han de realizarse contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general. Esta remisión a la normativa extrapenal configura el precepto como una ley penal en blanco, técnica legislativa que

⁵ De acuerdo con el art. 58 de la Ley 42/2007 y el art. 5 del RD 139/2011, las especies amenazadas son las que se encuentran en alguna de estas dos categorías: a) en peligro de extinción, porque su supervivencia es poco probable si los factores causales de su actual situación siguen actuando; y b) vulnerables, porque corren el riesgo de pasar a la categoría anterior en un futuro inmediato, si los factores adversos que actúan sobre ella no son corregidos.

⁶ En este sentido, MATA LLÍN EVANGELIO (2021), pp. 34 s.; véanse también, proponiendo una interpretación restrictiva del objeto material del delito, MUÑOZ CONDE / LÓPEZ PEREGRÍN / GARCÍA ÁLVAREZ (2015), pp. 290 s.

se justifica por las particularidades de la materia, y que no infringe el principio de legalidad si cumple determinados requisitos, tal y como ha reconocido el TC en numerosas sentencias (entre otras muchas SsTC 283/2006 y 101/2012). Aunque la cuestión es discutida, resulta acertado, en mi opinión, que el legislador construya el delito a partir de la infracción de la normativa administrativa. Lo que no estaría justificado sería lo contrario, pues el respeto al principio de unidad del ordenamiento jurídico obliga a no considerar ilícito penal aquello que no podría ser objeto de una sanción administrativa cuando está en juego la protección del mismo bien jurídico.

Como requisito de ofensividad adicional, la reforma del CP operada por LO 15/2003 introdujo la exigencia de que las conductas típicas supusieran un «grave perjuicio para el medio ambiente», pero la posterior LO 1/2015 suprimió esa referencia, y la sustituyó por una cláusula de atipicidad según la cual no realizan el tipo las conductas que afecten «a una cantidad insignificante de ejemplares» y no tengan «consecuencias relevantes para el estado de conservación de la especie». El cambio vino motivado por una transposición automática de los apartados f) y g) del art. 3 de la Directiva 2008/99. Pero, en realidad, la regulación anterior a 2015 ya cumplía con la pretensión de la Directiva de dejar al margen del Derecho penal las conductas irrelevantes para la biodiversidad, por lo que no era necesaria la reforma. Al no exigirse ahora un resultado de grave perjuicio para el medio ambiente, se relajan los requisitos típicos, de manera que el contenido de injusto de la figura delictiva se aproxima al del ilícito administrativo.

Las penas previstas para quienes realicen esas conductas son prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a dos años.

De acuerdo con el tipo agravado previsto en el art. 332.2, las penas anteriores se impondrán en su mitad superior si se trata de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción. A este respecto debe acudir al Catálogo Español de Especies Amenazadas, que menciona en estos momentos 127 especies de flora en peligro de extinción.

Por otra parte, desde la LO 1/2015 se prevé el castigo de estos hechos cuando se cometan por imprudencia grave (art. 332.3 CP) con las penas 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. Será posible, por tanto, castigar algunos casos de error de tipo vencible, que pueden tener lugar con cierta frecuencia cuando el sujeto desconozca el carácter protegido de la especie.

Por lo que respecta a la aplicación práctica de la figura, escasa con carácter general⁷, durante los años objeto de análisis se ha encontrado únicamente una sentencia de interés, la SAP de Vizcaya (sec. 6.^a) 90060/2020, de 28 de febrero (ECLI:ES:APBI:2020:571), que estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria de instancia, absolviendo al apelante del delito relativo a la protección de la flora por el que había sido acusado. En los hechos probados se describe cómo el acusado solicitó al ayuntamiento autorización para la tala de árboles y posterior repoblación en una parcela. La entidad local observó diversos inconvenientes en la actuación para la que se solicitó autorización y notificó al solicitante la necesidad de subsanar ciertas deficiencias, informándole de que la parcela estaba afectada por zonas protegidas, por lo que era necesario disponer de licencia urbanística para proceder a la tala, previos informes de otras autorizaciones. La empresa en cuya representación actuaba el acusado solicitó autorización de corta forestal de la parcela a la Diputación Foral de Bizkaia, que la concedió siempre que se contase con los permisos necesarios y se cumpliesen ciertas condiciones, como el respeto de las frondosas autóctonas protegidas por la normativa foral. Tras lo anterior, sin contestar al requerimiento del ayuntamiento, presentar los informes requeridos, ni obtener los permisos y licencias exigidos, el acusado, a sabiendas de que se verían afectadas especies protegidas, llevó a cabo mediante los trabajadores de la empresa una tala masiva e indiscriminada de árboles que afectó a varias especies. No obstante, no quedó acreditado que la tala perjudicara a la flora protegida, al menos a algunas especies consideradas de interés especial según la legislación autonómica.

Dado que no son objeto de impugnación ni los hechos ni la autoría del acusado, la AP se centra en averiguar si concurren los elementos del tipo penal. A este respecto, los magistrados refieren las principales novedades que incorpora al precepto la LO 1/2015, y que suponen, como ya he señalado, una ampliación del ámbito de la tipicidad: primero, el hecho de que ya no se exija que las conductas causen un «grave perjuicio para el medio ambiente», sustituyéndose este requisito por la causa de atipicidad anteriormente referida y, segundo, el cambio en el objeto material del delito, pues ya no se habla de especies de flora «amenazada» sino de «especies protegidas de flora silvestre».

Por lo que al caso concreto interesa, es preciso identificar las especies objeto de tala masiva, así como su caracterización en la legislación medioambiental. La normativa de referencia que aparece citada en la sentencia de instancia es la Norma Foral 11/1997, de 4 de octubre, de régimen específico de diversas especies forestales autóctonas, y el Decreto

⁷ Véase al respecto GARCÍA ÁLVAREZ, P. / LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2013), p. 12.

Legislativo 1/2014, de 15 de abril, del Gobierno Vasco, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Conservación de la Naturaleza del País Vasco. Sin embargo, el órgano de apelación indica que ninguna de estas normas realiza una catalogación de especies para su clasificación en una determinada tipología. En concreto, por lo que respecta a la Norma Foral, su objeto de protección son las «masas forestales sobre las que se diseña un régimen jurídico de actuación en relación con la gestión de los recursos forestales», pero no protege especies individualmente consideradas. Pero, aunque pudiera interpretarse que algunas de las especies taladas, concretamente los sauces y acebos, son objeto de protección por parte de dicha norma, concurriría la causa de atipicidad, pues el número de acebos talados es insignificante y, en cuanto a los sauces, no se proporcionan por parte de la acusación elementos de juicio para estimar que su pérdida tenga consecuencias relevantes «para el estado de conservación de la especie», lo que debería haberse puesto en relación con las posibilidades de repoblación o con la incidencia de la desaparición de aquéllos en el entorno geográfico. Por todo ello entienden los magistrados que procede estimar el recurso interpuesto y absolver al apelante, dada la falta de justificación de la incardinación de los hechos en el tipo penal aplicado.

2.2. LA INTRODUCCIÓN O LIBERACIÓN DE ESPECIES DE FLORA O FAUNA NO AUTÓCTONA

En el art. 333 CP se tipifican las conductas de introducir o liberar especies de flora o fauna no autóctona. Se pretende de esta manera proteger las especies autóctonas, cuya conservación puede verse amenazada por esas acciones. La Ley 42/2007 (art. 64.1) previó la creación del Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras, que habría de incluir «todas aquellas especies y subespecies exóticas invasoras que constituyan una amenaza grave para las especies autóctonas, los hábitats o los ecosistemas...». El texto actualmente vigente que desarrolla lo dispuesto en ese precepto es el Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el mencionado catálogo, al que debe acudir para determinar las concretas especies a las que se refiere el art. 333 CP.

Estas acciones han de llevarse a cabo contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna. De nuevo será preciso acudir, entre la normativa administrativa estatal, a la Ley 42/2007, cuyo art. 64.5 dispone que la inclusión en el Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras conlleva la prohibición genérica de posesión, transporte, tráfico y comercio de ejemplares de esas especies, si bien establece que dicha prohibición podrá quedar sin efecto previa autorización administrativa, por lo que una autorización válidamente otorgada excluirá el tipo.

Además, para que se realice el tipo del art. 333 es necesario que la introducción o liberación de esas especies perjudique el equilibrio biológico. Se exige, por tanto, como característica que distingue este delito del resto de las figuras delictivas analizadas, la producción de un resultado material, un perjuicio para el equilibrio ecológico. Pero dicho resultado, de poderse probar, generalmente se producirá a medio o largo plazo, lo que dificulta la aplicación del delito⁸. Hubiera bastado, quizá, con exigir un peligro grave de menoscabo del equilibrio ecológico. Esta puede ser la causa de que no exista, salvo error u omisión por mi parte, ningún pronunciamiento judicial, condenatorio o absolutorio, referido a esta figura delictiva, ni antes ni después de 2015.

Por lo que respecta al tipo subjetivo, dispone el precepto que el comportamiento solo es punible a título de dolo, si bien la doctrina ha señalado, con razón, que difícilmente concurrirá dolo en relación con todos los elementos del tipo objetivo. Lo más frecuente será que haya dolo respecto a la introducción o liberación de esas especies, pero el resultado de perjuicio al equilibrio biológico se produzca de manera imprudente —partiendo de que pueda demostrarse—, lo que determinará la impunidad del hecho.

La pena prevista para esta figura delictiva es 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.

2.3. LA CAZA, PESCA, POSESIÓN O TRÁFICO DE ESPECIES PROTEGIDAS DE FAUNA SILVESTRE

En el art. 334.1 encontramos un tipo penal de estructura paralela a la del art. 332.1, con la diferencia de que en este caso se describen conductas que atentan contra especies protegidas —recordemos: no necesariamente vulnerables o en peligro de extinción— de fauna silvestre. Se castiga aquí con 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 a quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, lleven a cabo alguna de las siguientes conductas:

- a) Cazar, pescar, adquirir, poseer o destruir especies protegidas de fauna silvestre,
- b) Traficar con ellas, sus partes o derivados de las mismas,

⁸ Como señalan con razón MUÑOZ CONDE / LÓPEZ PEREGRÍN / GARCÍA ÁLVAREZ (2015), p. 299.

- c) Realizar actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, o bien
- d) Destruir o alterar gravemente su hábitat.

A diferencia de lo que sucede en el art. 332.1, no se ha previsto aquí una cláusula de atipicidad que permita limitar la responsabilidad penal en alguna medida. Ello implica que no existan diferencias entre lo ilícito penal y las infracciones administrativas previstas en las leyes autonómicas, lo que resulta criticable⁹.

El art. 334.2 recoge un tipo agravado en función del cual la pena ha de imponerse en su mitad superior si se trata de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción. Por tanto, las conductas que recaigan sobre especies vulnerables darán lugar a la aplicación del tipo básico.

De entre los pronunciamientos judiciales de interés sobre la aplicación de los citados apartados del art. 334, destaco los que siguen. La SAP de Barcelona (sec. 9.^a) 158/2018, de 2 de marzo (ECLI:ES:APB:2018:4493), confirma la condena por la comisión de este delito en su modalidad de tráfico de especies protegidas, concretamente tortugas. El acusado era conocedor de que los animales que ofrecía a la venta eran ejemplares de una especie protegida, cuya tenencia y comercialización se encontraba restringida o prohibida, por lo que sabía que actuaba irregularmente, aunque creía que su conducta no era delictiva. Los hechos se cometen en 2013. Se le condenó conforme a la regulación vigente en el momento en que se cometieron los hechos, por resultar más favorable. La AP comparte este parecer, pues la pena se elevó tras la reforma de 2015, se ampliaron las conductas típicas, a la vez que se relajaban los requisitos necesarios para considerar la conducta delictiva. A este respecto, resalta la AP el cambio en el objeto material (especies protegidas, en lugar de amenazadas) y el hecho de que baste con que las normas infringidas sean leyes u otras disposiciones de carácter general, no siendo preciso que sean normas protectoras de las especies de fauna silvestre.

Concluye la AP que los ejemplares objeto de tráfico están catalogados como especie protegida o amenazada y, algunos de ellos, incluso como especie en peligro de extinción, y ello tanto en la normativa internacional (Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre —CITES—, de 3 de marzo de 1973, al que se adhirió

⁹ De la misma opinión, entre otros muchos, MORALES PRATS (2016), p. 855. Los solapamientos son más que evidentes. Véase, por ejemplo, el art. 55.1 de la Ley 2/2011 de 17 de marzo, de caza, del País Vasco, donde se tipifica como infracción administrativa muy grave «cazar especies amenazadas».

España en 1986, y Reglamento (CE) 338/07 del Consejo), como en la nacional (Ley 42/2007 y Real Decreto 139/2011) y autonómica (Real Decreto legislativo 2/2008, que aprueba el texto refundido de la ley catalana de protección de los animales). Rechaza la alegación del apelante en el sentido de que se trata de ejemplares criados en cautividad, por lo que no constituirían fauna silvestre, por no sostenerse, conforme a las pruebas periciales. No admite tampoco el argumento de la falta de dolo que daría lugar, en su caso, de aplicarse la regulación actual, a castigar los hechos como imprudentes.

Por su parte, la SAP de Barcelona (sec. 22.^a) 142/2020, de 20 de febrero (ECLI:ES:APB:2020:1932), estima el recurso de apelación y absuelve al condenado en primera instancia. De acuerdo con los antecedentes de hecho, el acusado poseía y ofrecía a la venta en su tienda de antigüedades una tortuga marina que había sido disecada entre 30 y 40 años antes, sin disponer de autorización excepcional alguna a estos efectos. Se trata de una especie incluida en el listado del Anexo A del Reglamento (CE) 338/97 del Consejo, donde se recogen las especies consideradas en peligro de extinción y que no pueden ser comercializadas. También goza de protección especial en el listado previsto en el Real Decreto 139/2011, así como en el anexo del Texto Refundido de la Ley de Protección de los Animales aprobado por Decreto legislativo 2/2008, que extiende la protección a los ejemplares disecados. Por todo lo anterior, la AP no puede sino concluir que los hechos están prohibidos por la normativa administrativa. Cuestión distinta, razona, es que deba entenderse realizado también el tipo penal. En este punto, dada la coincidencia sustancial entre el ilícito administrativo y el penal, los magistrados entienden que hace falta un plus para la calificación de los hechos como delito, y esa exigencia adicional ha de estar representada por la idoneidad de las acciones para afectar a la biodiversidad como bien jurídico protegido. A este respecto, explica la AP, «en el caso de autos la conducta del acusado de poseer tal ejemplar (y de exhibirlo para la venta) solo puede entenderse que afectaba a la biodiversidad de forma remota, pues el daño al animal se produjo entre treinta y cuarenta años antes, cuando carecía de protección esta especie». Con este argumento concluye que los hechos no son típicos, sino relevantes únicamente para el Derecho administrativo.

En cambio, la AP de Las Palmas (sec. 2.^a), en su sentencia 93/2020, de 6 de abril (ECLI:ES:APGC:2020:235), prescinde de cualquier interpretación teleológico-restrictiva del precepto y confirma la condena del órgano de instancia. Esta había recaído sobre un grupo de personas sorprendidas realizando un guiso de pardelas cenicientas, a sabiendas de que se trataba de una especie protegida. Dejando al margen algunas alegaciones de naturaleza procesal planteadas en el recurso, relacionadas con una supuesta ruptura de la cadena de custodia de las muestras, que el tribunal rechaza, conviene atender a los argumentos materiales de la fundamentación

jurídica. Los magistrados consideran realizadas las conductas típicas, lo que era puesto en duda por las representaciones procesales de algunos acusados, pues el art. 344 castiga la posesión, adquisición y destrucción de la especie protegida, y para poder guisar las pardelas previamente se han tenido que capturar o adquirir.

Se alegaba en el recurso asimismo que el delito no tiene lugar porque no se ha acreditado la existencia de un grave riesgo para la conservación de la especie, como exige la jurisprudencia. Entiende la AP que la jurisprudencia citada se basa en la redacción del precepto anterior a 2015, aunque lo cierto es que en este precepto ni antes ni después de la reforma se exigía ningún plus de ofensividad. Cuestión distinta es que en algunos pronunciamientos se realizase una interpretación restrictiva que, en cualquier caso, la sentencia analizada no lleva a cabo, como decíamos, pues entiende que una vez constatado que la pardela cenicienta es una especie protegida se cumplen los requisitos típicos, sin que sea necesario acreditar un peligro grave para la conservación de dicha especie.

Por otra parte, al igual que sucede en el delito contra la flora, desde 2015 está previsto el castigo de estos hechos cuando se cometan por imprudencia grave con la 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 (art. 334.3 CP). En la práctica, se alega por parte de la defensa con cierta frecuencia error sobre el carácter protegido de la especie. Esta circunstancia habría de tratarse como un error sobre un elemento normativo del tipo, y no como un error de prohibición¹⁰. Por tanto, de admitirse la existencia de ese error en el caso concreto¹¹, lo adecuado sería acudir a este apartado tercero del art. 334, siempre que el error se considerase vencible (art. 14.1 CP).

2.4. LA CAZA O PESCA DE ESPECIES NO PROTEGIDAS

En el art. 335 CP se tipifican determinadas actividades de caza y pesca ilegales mediante dos tipos básicos y dos agravados. La característica que comparten estas figuras delictivas, y que sirve para distinguir las conductas aquí sancionadas de las descritas en el art. 334, es que el objeto material del delito lo constituyen especies de fauna no protegidas —«especies distintas de las indicadas en el artículo anterior»—.

¹⁰ Al respecto, CORCOY BIDASOLO (2015), p. 1192. Sin embargo, algunas sentencias resultan confusas al respecto. Véanse SAP de Las Palmas de Gran Canaria (sec. 1.^a) 163/2021, de 24 de mayo (ECLI:ES:APGC:2021:1346) y SAP de Jaén (sec. 2.^a) 108/2021, de 8 de junio (ECLI:ES:APJ:2021:968).

¹¹ Sobre las dificultades que presentan estas alegaciones para prosperar, véase BLANCO CORDERO (2015), p. 165.

Partiendo de este elemento nuclear, en el primer apartado del precepto se castiga 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 a quien cace o pesque especies no protegidas, «cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca». Por su parte, el segundo apartado castiga la caza, la pesca y las actividades de marisqueo relevantes sobre especies no protegidas «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». En este caso, la pena prevista es 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. De acuerdo con el último inciso del art. 335.2, si dichas actividades realizan además la conducta del art. 335.1 han de acumularse las penas (concurso de delitos).

Por lo que respecta a los tipos agravados, conforme al art. 335.3 si las conductas anteriores (parece que solo se refiere a las del apartado 2) producen 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, corresponde imponer 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. Finalmente, el apartado 4 prevé un tipo agravado de aplicación a todas las conductas anteriores, en virtud del cual han de imponerse las respectivas penas en su mitad superior si esos hechos se realizan en grupo de tres o más personas o utilizando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente. Como puede apreciarse, en este último apartado se distinguen dos subtipos, ambos cuestionables. El primero parece partir de la discutible premisa de que la codelincuencia incrementa la capacidad lesiva de dichas conductas, mientras que el segundo plantea problemas de delimitación con el delito del art. 336, del que me ocuparé después.

Desde la entrada en vigor del CP de 1995, el art. 335 ha sufrido varias modificaciones, incluyendo una declaración de inconstitucionalidad, pero, aun así, sigue siendo el precepto que más dudas interpretativas plantea de todos los aquí estudiados. También es, con diferencia, la figura delictiva que más jurisprudencia ha generado. La cuestión que resulta más controvertida es el tratamiento jurídico que debe otorgarse a las conductas de caza o pesca en época de veda, lo que nos conduce de lleno a la delimitación entre el art. 335 y las infracciones administrativas, pero también ha sido objeto de polémica la relación entre los dos apartados del precepto.

Recordemos que el art. 335 CP, en su redacción original, contaba con un único apartado donde se castigaba la caza o pesca de especies no amenazadas «no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia». Esta redacción suscitó las críticas de la doctrina y la jurisprudencia, al entender que el precepto conculcaba principios básicos del Derecho penal, como el de fragmentariedad o el de lesividad, pues se consideraban delito conductas por el mero hecho de no estar autorizadas administrativamente. A la vez, se puso en duda que respetase el principio de legalidad, pues parecía incumplir los requisitos exigidos a las leyes penales en blanco para ser consideradas conformes a él. Por este motivo se planteó una cuestión de inconstitucionalidad en julio de 2001 que el TC resolvió mucho tiempo después, en sentencia 101/2012, declarando nulo el art. 335 en su versión original, al considerar que el tipo penal no incluía el núcleo de la prohibición, ni satisfacía la exigencia de certeza. De todas formas, en ese momento el precepto ya contaba con otra redacción, fruto de la reforma operada por LO 15/2003.

Durante la vigencia del art. 335 anterior a la reforma, la jurisprudencia había venido realizando una interpretación restrictiva del precepto. Se entendía que no toda ausencia de autorización servía para integrar el tipo, sino que solo serían típicos los actos de caza y pesca que no fuesen susceptibles de autorización. En cambio, habrían de considerarse infracción administrativa las actuaciones que recayesen sobre una especie que pudiera ser objeto de caza o pesca sin contar con la licencia exigida o sin respetar los límites geográficos, temporales o cuantitativos establecidos para tales actividades¹². En consecuencia, el denominado «furtivismo de temporada», esto es, la caza o pesca en épocas de veda, se consideraba atípico.

La reforma de 2003 remodeló por completo el precepto, que pasó a contar con cuatro apartados. El primero, que no ha sufrido modificaciones hasta la actualidad, recoge el tipo delictivo original, pero ya no castiga la caza o pesca no autorizadas, sino la que esté expresamente prohibida. Dejando al margen la cuestión relativa a si el cambio supuso realmente una mejora desde el punto de vista del respeto al principio de legalidad, lo que con razón se ha puesto en entredicho¹³, es indudable que la reforma no consiguió superar del todo los problemas interpretativos que suscitaba el

¹² Así las SsTS 1302/1999, de 8 de febrero de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:858), 1726/2002, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2002:6936) y 187/2006, de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:916). En la jurisprudencia menor, véanse, entre otras muchas, SAP Almería (sec. 2.^a) 195/2000, de 5 de mayo (ECLI:ES:APAL:2000:643); SAP Granada (sec. 1.^a) 353/2002, de 16 de mayo (ECLI:ES:APGR:2002:1299); y SAP Girona (sec. 3.^a) 42/2003, de 8 de abril (ECLI:ES:APGI:2003:471).

¹³ Véanse, por ejemplo, MUÑOZ LORENTE (2007), pp. 324 ss.; GARCÍA MOSQUERA (2019), p. 25, y los autores que allí cita.

precepto. Las audiencias provinciales han seguido interpretando restrictivamente el tipo penal de forma mayoritaria, a veces con argumentos heredados de resoluciones relativas a su versión anterior a 2003, considerando atípicas las actividades de caza y pesca de especies no amenazadas sobre las que pesasen prohibiciones relativas, por el tiempo o el lugar en que se hubieran desarrollado dichas actividades, aunque también pueden encontrarse pronunciamientos en sentido contrario¹⁴.

Un ejemplo de la tesis mayoritaria lo encontramos en la SAP de Zamora (sec. 1.^a) 97/2015, de 3 de noviembre (ECLI:ES:APZA:2015:387), que absuelve del delito del art. 335.1 CP por el que habían sido condenados los acusados en primera instancia. Estos habían cazado diferentes especies cinegéticas de ciervo, corzo y jabalí en terrenos cuyo aprovechamiento solo puede hacerse si está incluido en la aprobación del plan cinegético de coto, y en determinados periodos, cazando los ejemplares dentro y fuera de los periodos previstos, careciendo de licencia para cazar en los terrenos acotados y sin atenerse a ningún plan cinegético. En opinión de la AP, con cita de jurisprudencia anterior, el art. 335.1 solo castiga la caza de especies sobre las que pese una prohibición absoluta y no, en cambio, la de especies cinegéticas cuya caza esté prohibida temporalmente o sometida a determinadas condiciones. Solo sería punible *ex art.* 335.1 la caza o pesca de especies no amenazadas que esté completamente prohibida, pero no la que sea susceptible de autorización en determinadas circunstancias¹⁵. No obstante, se entiende que en el caso concurren los requisitos típicos del apartado segundo del precepto —considerado, como después indicaré, un tipo delictivo independiente del anterior—, al realizarse la actividad en terrenos acotados sin la licencia necesaria.

En cuanto a las resoluciones que se han venido apartando de la línea jurisprudencial anterior, cabe mencionar varios pronunciamientos de la AP de Córdoba. Así, la sentencia 121/2018, de 4 de abril, del citado órgano (sec. 2.^a) (ECLI:ES:APCO:2018:296), confirma que realiza el tipo penal la conducta de abatir de un disparo un jabalí en época de veda, conociendo el cazador dicha circunstancia. La AP se refiere al debate jurisprudencial en torno a la interpretación del precepto, y considera al respecto que el criterio dominante, en virtud del cual se excluye su aplicación cuando no existe una

¹⁴ Al respecto, con abundantes referencias jurisprudenciales, GARCÍA MOSQUERA (2019), pp. 22-24.

¹⁵ En el mismo sentido, entre otras, SAP de Madrid (sec. 16.^a), 36/2014, de 17 de enero (ECLI:ES:APM:2014:340); SAP de Girona (sec. 4.^a) 37/2015, de 22 de enero (ECLI:ES:APGI:2015:215); SAP de Zamora (sec. 1.^a) 102/2015, de 19 de noviembre (ECLI:ES:APZA:2015:417); SAP de Madrid (sec. 3.^a) 294/2019, de 13 de mayo (ECLI:ES:APM:2019:14678), y SAP de Madrid (sec. 30.^a), 410/2020, de 29 de octubre (ECLI:ES:APM:2020:12071).

prohibición expresa y permanente de caza en relación con una especie no incluida en el art. 334, se basa en una inercia interpretativa que arranca de la defectuosa redacción inicial del art. 335. En sentido contrario, entiende que con la redacción actual no existen razones gramaticales que circunscriban el adverbio «cuando» a un sentido distinto de su acepción estrictamente temporal, «de manera que el tipo podrá concurrir tanto si la prohibición se establece con carácter permanente o intermitente, con tal de que las normas que regulan la actividad cinegética establezcan una prohibición taxativa».

La sentencia se apoya, además de en el argumento gramatical, en otros dos de carácter teleológico y sistemático, respectivamente. En primer lugar, recuerda «que las órdenes generales de veda no obedecen al capricho (...) de la Administración, y que un entendimiento correcto de la protección de las especies susceptibles de caza permite conectar esas decisiones con el bien jurídico protegido por el artículo 335.1 en tanto se trata de prohibiciones que afectan esencialmente al principio de conservación de aquellas». En segundo lugar, la interrelación entre los dos apartados del art. 335 conduciría a la misma conclusión, pues el apartado segundo criminaliza la caza sin contar con la autorización del titular del terreno, y sería «difícilmente sostenible la punición de conductas que, en suma, atentarían en su caso contra los intereses particulares del titular del coto (...), dejando fuera del ámbito penal la desobediencia de órdenes de carácter general de la Administración». La misma opinión ha sido defendida por las SsAP de Córdoba (sec. 2.^a) 183/2018, de 8 de mayo (ECLI:ES:APCO:2018:376) y (sec. 3.^a) 436/2019, de 11 de octubre (ECLI:ES:APCO:2019:1470).

Contra la última de las sentencias citadas se interpuso recurso de casación, que ha sido resuelto en STS 570/2020, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3566), en sentido favorable a esta segunda línea argumentativa. Se refiere el TS, en primer lugar, a los avatares en el *iter* legislativo del precepto y a las dudas que siempre ha suscitado su interpretación. A continuación, señala que, desde la reforma de 2003, el CP distingue entre las especies amenazadas, cuya caza es siempre y en todo caso ilegal, y se castiga a través del art. 334, y las especies cazables. Las prohibiciones de cazar, prosigue, «pueden tener carácter absoluto, pero también pueden ser de naturaleza relativa, reduciendo la prohibición a límites temporales, espaciales o relacionados con las medidas o el peso del ejemplar». El TS, al igual que hiciera la AP de Córdoba, asume que la infracción de estas prohibiciones relativas también puede integrar el tipo penal, pero argumenta, dando un paso más, que no todo incumplimiento de una prohibición administrativa puede ser calificado como delito, so pena de convertir en delito una mera desobediencia a la normativa administrativa, con la consiguiente infracción del principio de intervención mínima del Derecho penal. Por eso, razona, dentro del abanico de prohibiciones hay que

distinguir los meros incumplimientos formales de las infracciones que van más allá de una simple vulneración formal. De esta última clase es, en opinión del TS, la prohibición que se infringe en el caso de autos: la caza de especies no protegidas (muflones y ciervos) en época de veda. Enlazando con la argumentación ya referida de la AP de Córdoba, señala que la fijación de periodos de veda no responde a una distribución caprichosa del tiempo de caza, sino a razones de orden biológico, para facilitar la reproducción y conservación de la especie. Se trata, en definitiva, de una prohibición que protege la biodiversidad y la propia supervivencia de la fauna, bienes jurídicos de considerable valor. Pero, insiste, no realizará el tipo la infracción de prohibiciones de naturaleza formal, como las relacionadas con las licencias o habilitaciones personales de los cazadores, los límites geográficos o el número o peso de ejemplares capturados¹⁶.

En definitiva, el TS entiende que el art. 335.1 absorbe los supuestos en que se infringen prohibiciones relativas de caza o pesca, pero teniendo en cuenta que el tenor literal plantea problemas de delimitación con los ilícitos administrativos sobre la materia, y por respecto al principio de ofensividad, opta por una interpretación teleológico-restrictiva del precepto, exigiendo que la conducta sea idónea *ex ante* para causar un daño a la biodiversidad, lo que obliga a analizar en cada caso la naturaleza y finalidad de la prohibición infringida.

Desde mi punto de vista, desde la reforma que llevó a cabo la LO 1/2015 en el art. 334 hay más argumentos para defender que el art. 335.1 acoge los supuestos de caza (o pesca) de especies cinegéticas cuando existen prohibiciones relativas para su captura. En efecto, el art. 335 delimita el objeto material del delito por oposición al referido en el art. 334. Como hemos visto, antes de 2015 el art. 334 castigaba la caza o pesca de especies amenazadas, es decir, catalogadas como vulnerables o en peligro de extinción. Por tanto, el objeto material del delito del art. 335 eran las especies no amenazadas. Siendo así, podía defenderse entonces que el art. 335 se encargaba de castigar las actividades practicadas sobre especies protegidas, pero no amenazadas —por ejemplo, las catalogadas como de interés especial—, sobre las que pende una prohibición absoluta de caza o pesca, mientras que la captura ilegal (prohibida) de especies cinegéticas solo podía ser objeto de una sanción administrativa. Pero al ampliarse en 2015 el ámbito de aplicación del art. 334 a todas las especies protegidas, si se quiere seguir

¹⁶ Esta tesis ha sido seguida, por ejemplo, en SAP de Madrid (sec. 3.ª) 482/2021, de 6 de octubre (ECLI:ES:APM:2021:11481), donde se absuelve, confirmando la sentencia de instancia, al acusado que había pescado cuatro bogas en una zona donde estaba prohibida su pesca, al entenderse que el incumplimiento de esa prohibición no pone en peligro la biodiversidad, y ha de quedar relegada al ámbito de la infracción administrativa.

defendiendo que el art. 335 solo castiga la captura de ejemplares de especies no cazables o pescables, habría que aclarar qué especies son esas que, sin estar protegidas, no son en ningún caso susceptibles de caza o pesca¹⁷. Dadas las remisiones internas y la pretendida progresión en el castigo de las conductas que atentan contra la fauna, la extensión del ámbito típico del art. 334 repercute necesariamente en la configuración del art. 335.

En cualquier caso, a la vista de la expansión en la intervención penal que la redacción típica faculta, era necesaria una interpretación restrictiva como la realizada por el TS. En estas situaciones, para considerar realizado el tipo será preciso atender al grado de afectación a la biodiversidad que la conducta comporte. Para ello, en la línea indicada en la sentencia, será relevante reparar en la naturaleza de la prohibición administrativa infringida, pero también, según entiendo, en la situación de la especie afectada en el momento en que se realizan los hechos. En efecto, no parece que suponga una afectación relevante a la biodiversidad que requiera la intervención penal el hecho de cazar un único ejemplar de una especie —por ejemplo, un jabalí— en un momento de superpoblación, aunque sea en época de veda¹⁸.

Por lo que respecta al delito tipificado en el art. 335.2 CP, ya vimos que el elemento definitorio del tipo es que las conductas de caza o pesca de especies no protegidas se realicen en terrenos públicos o privados ajenos, sin el permiso del titular de esos terrenos. Siendo así, tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen indicando que lo protegido no es un bien jurídico de naturaleza ecológica, sino meros intereses patrimoniales¹⁹. Ello pone en entredicho la legitimidad del precepto, o al menos su ubicación entre los delitos contra la fauna. En cuanto a las relaciones entre este delito y el descrito en el apartado primero, la reforma de 2015 vino a solventar los problemas que planteaba la redacción anterior²⁰. Queda claro ahora que las

¹⁷ A no ser que se interprete restrictivamente el término «protegidas», incluyendo en él solo las especies amenazadas, con lo que nos situaríamos en la posición anterior a la reforma de 2015. Véanse MUÑOZ CONDE / LÓPEZ PEREGRÍN / GARCÍA ÁLVAREZ (2015), pp. 300, 305, 308 s.

¹⁸ Ejemplo sugerido por mi colega Jorge Vizuela Fernández.

¹⁹ Así, por todos, BLANCO CORDERO (2015), p. 171; MATA LLÍN EVANGELIO (2015), p. 1067; y GARCÍA MOSQUERA (2019), pp. 27, 39. Comparten la opinión, entre otras, la SAP de Córdoba (sec. 2.ª) 121/2018, de 4 de abril (ECLI:ES:APCO:2018:296), y SAP de Cáceres (sec. 2.ª) 51/2021, de 23 de febrero (ECLI:ES:APCC:2021:284).

²⁰ En efecto, el objeto material del delito se definía entonces por remisión al art. 335.1, lo que parecía indicar que el apartado segundo contenía un tipo agravado del tipificado en el apartado anterior. Pero, de ser así, el precepto carecería de sentido, pues si las especies afectadas habían de ser las no amenazadas *cuando su caza o pesca estuviese expresamente prohibida*, el permiso o falta de permiso del titular del coto no tendría ninguna relevancia, dado que la caza o la pesca estarían prohibidas para todos, incluido él mismo. Además, tampoco tendría sentido la cláusula concursal que obliga a imponer acumuladamente las

especies objeto de caza o pesca en este delito han de ser las no protegidas («especies distintas de las indicadas en el artículo anterior»), sin que sea preciso que su caza o pesca se realice cuando esté expresamente prohibida. En consecuencia, los dos tipos contenidos en los apartados 1 y 2 del art. 335 son autónomos entre sí, lo que faculta el concurso de delitos cuando concurren los elementos de ambos²¹.

La misma reforma de 2015 introdujo en el art. 335.2 CP, junto a la caza y la pesca en los contextos indicados, las «actividades de marisqueo relevantes» en terrenos (sic.) «sometidos a concesión o autorización marisquera o acuícola sin el debido título administrativo habilitante». Como con razón indica la doctrina, debe entenderse que el precepto se refiere exclusivamente a actividades de *captura o extracción* de especies marisqueras *silvestres*, conductas que encontraban difícil acomodo en el término «pesca»²². Por lo demás, esta modalidad comparte el resto de los elementos típicos referidos en el art. 335.2, aunque con la exigencia adicional de que se trate de actividades «relevantes». Este requisito permite restringir el ámbito de lo punible y, en consecuencia, distinguir en cierto modo el delito de las infracciones administrativas, pero adviértase que se trata de un elemento valorativo que adolece de una considerable imprecisión, lo que complica un tratamiento uniforme de supuestos similares. Además, si la relevancia ha de medirse conforme a un criterio cuantitativo, la conclusión puede ser distinta según la norma autonómica que sirva de referencia, como veremos enseguida con dos ejemplos. En cualquier caso, me parece acertada la opinión que interpreta el requisito, con carácter general, en atención a la idoneidad de las conductas para causar daños a la sostenibilidad de los recursos marisqueros o acuícolas, aunque sin llegar a exigir la causación efectiva de daños graves, situación que daría lugar a la aplicación del tipo agravado del art. 335.3 CP²³.

penas del apartado primero cuando se den sus elementos. Finalmente, si se tratara de un tipo agravado, no se explicaría la previsión de una pena inferior. Por todas estas razones, tanto un amplio sector doctrinal como una parte de la jurisprudencia menor lo interpretaban como un tipo autónomo del descrito en el apartado primero, entendiendo, pese a su dicción literal, que la remisión en cuanto al objeto material debía realizarse al art. 334. Es decir, consideraban que lo castigado era la caza o pesca de especies no amenazadas en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el permiso de su titular. Sobre esta problemática, véanse MUÑOZ LORENTE (2007), pp. 33 ss.; y GARCÍA MOSQUERA (2019), pp. 27 ss.

²¹ En estos términos se expresan la SAP de Zamora (sec. 1.^a) 97/2015, de 3 de noviembre (ECLI:ES:APZA:2015:387), SAP de Córdoba (Sec. 2.^a) 121/2018, de 4 de abril (ECLI:ES:APCO:2018:296), condenando por los dos delitos, SAP de Lleida 61/2019, de 11 de febrero (ECLI:ES:APL:2019:48); y SAP de Granada (sec. 1.^a) 272/2019, de 6 de junio (ECLI:ES:APGR:2019:2338).

²² En este sentido, GARCÍA MOSQUERA (2019), pp. 40 ss.

²³ Véase GARCÍA MOSQUERA (2019), pp. 47 s.

Sobre el requisito de la relevancia de la actividad, puede verse, por un lado, la SAP de A Coruña (sec. 1.^a) 261/2018, de 10 de mayo (ECLI:ES:APC:2018:1000), que absuelve del delito revocando la sentencia del juzgado de lo penal en un caso de extracción de percebe a sabiendas de que el sitio donde se practicaba no era un lugar autorizado, haciendo suyos los tres acusados un total de 34,16 kg de percebe, que hubieran podido alcanzar en lonja el precio medio de 572,25 euros. En primera instancia se había condenado por el art. 335.2, con el tipo agravado del apartado 4 por tratarse de tres personas, pero entiende la AP que la conducta no tiene preciso encaje en el tipo, atendiendo, en primer lugar, al contenido de la Ley 11/2008 de Pesca de Galicia y, en segundo lugar, «a la doctrina del Tribunal Supremo acerca del plus de reprochabilidad demandado para otorgar relevancia criminal a una conducta y separarla de la simple infracción administrativa». Es preciso atender, añade la AP, «tanto a pautas cuantitativas como cualitativas expresivas del resultado-lesión del bien jurídico protegido (así como) al principio de proporcionalidad y a la imprescindible interpretación restrictiva de tipos tan abiertos como el que nos ocupa». Pues bien, entiende el tribunal de apelación que, pese a la conclusión del juzgado de lo penal — que entendió relevante la actividad de marisqueo a la vista de los kilos de percebe recogidos—, siendo la cantidad máxima permitida en la ley autonómica por persona y día la de 7 kg, hay que considerar que eran tres mariscadores, por lo que la repercusión cuantitativa *per capita* sería de 11,38 kg, cantidad que no resulta notoriamente superior a la permitida ni, en consecuencia, relevante a los efectos de perfección del tipo.

Por otro lado, la SAP de Cantabria (sec. 1.^a) 94/2020, de 4 de mayo (ECLI:ES:APS:2020:1241), confirma la condena (art. 335.2 y 4 CP) en un caso muy similar de extracción de percebe en varias ocasiones por parte de tres personas no habilitadas para realizar actividades de marisqueo. Se argumenta que la legislación cántabra no establece un límite máximo de capturas, pero los mariscadores profesionales habilitados suelen realizar una media mensual de capturas de 18 kg, cantidad superada ampliamente por los acusados en una jornada (37 kg). En consecuencia, entiende la AP que la condena «excede de la simple infracción administrativa y resulta acreedora de reproche penal».

2.5. LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS CON EFICACIA DESTRUCTIVA PARA LA CAZA O LA PESCA

El último de los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna se encuentra en el art. 336 CP. Se castiga allí el hecho de emplear para la caza o la pesca, sin estar legalmente autorizado, veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna. Puesto que el precepto no distingue, se incluyen como objeto

material del delito todas las especies animales susceptibles materialmente de caza o pesca, se trate o no de especies protegidas. La pena prevista para estas conductas es prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses, además 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. De acuerdo con el último inciso del precepto, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior si el daño causado fuera de notoria importancia.

La cuestión debatida durante estos años en la jurisprudencia menor con respecto a la interpretación de esta figura delictiva procede del cambio en la redacción llevado a cabo por la LO 5/2010. En efecto, la redacción original castigaba a quien, sin estar autorizado, emplease para la caza o la pesca «veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna», mientras que el texto vigente se refiere al uso de «veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna». La novedosa referencia a los medios de eficacia no selectiva se interpretaba en algunas sentencias de las audiencias provinciales como una ampliación del tipo, de manera que permitiría abarcar la utilización de métodos cuya inclusión en el precepto resultaba discutible hasta entonces, como la tradicional técnica de caza de pájaros con «liga» o «barraca», que consiste en emplear un reclamo electrónico que emite cantos de pájaros para atraer a las aves y utilizar varillas con pegamento para apresarlas, o con redes japonesas, o la caza de mamíferos con jaulas trampa o lazos-cepo²⁴.

Según otra línea jurisprudencial, a mi juicio más acertada, el precepto solo penaliza la utilización de esos métodos siempre que puedan equipararse al potencial que supone el empleo de venenos y explosivos desde el punto de vista de su peligrosidad y posible devastación de la fauna. Es decir, de acuerdo con este punto de vista, el mero hecho de utilizar para la caza o la pesca un medio no selectivo y, por tanto, prohibido administrativamente, no siempre da lugar a la realización del delito, sino solo cuando la técnica presente un gran potencial destructivo, asimilable a la utilización de venenos o explosivos²⁵.

²⁴ De este parecer, entre otras, SAP de Barcelona (sec. 6.ª) 307/2017, de 26 de abril (ECLI:ES:APB:2017:2942), SAP de Tarragona (sec. 2.ª) 514/2018, de 16 de noviembre (ECLI:ES:APT:2018:1714), SAP de Barcelona (sec. 5.ª) 219/2019, de 25 de marzo (ECLI:ES:APB:2019:4332), SAP de Barcelona (sec. 2.ª) 707/2019, de 4 de noviembre (ECLI:ES:APB:2019:14900), SAP de Castellón (sec. 2.ª) 2/2020, de 23 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APCS:2019:57), SAP de Madrid (sec. 17.ª) 152/2020, de 9 de marzo (ECLI:ES:APM:2020:2946) y SAP de Madrid (sec. 16.ª) 352/2020, de 29 de septiembre (ECLI:ES:APM:2020:9489).

²⁵ En este sentido, por ejemplo, SAP de Ciudad Real (sec. 1.ª) 61/2015, de 12 de mayo (ECLI:ES:APCR:2015:468), SAP de Ourense (sec. 2.ª) 412/2017, de 27 de diciembre

De entre todos los medios no selectivos, se ha discutido mucho sobre la respuesta jurídica que debería darse en los casos de utilización de varillas con pegamento para la caza de aves. A este respecto, algunas sentencias argumentan que dicha técnica sería equiparable al uso de veneno y, por tanto, realizaría siempre el tipo de art. 336²⁶. Pues bien, el TS ha tenido ocasión de manifestar su opinión sobre la adecuada exégesis del art. 336 precisamente en un caso de empleo del citado medio, en sentencia 562/2020, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3572). Se inclina por una interpretación teleológico-restrictiva del precepto, lo que en el caso enjuiciado determina la absolución de los acusados, en contra del criterio mantenido por el juzgado de lo penal y la AP. Comienza el TS su argumentación aludiendo al bien jurídico protegido, la biodiversidad, y a su tutela compartida entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. Partiendo de ello, en cuanto a la interpretación del elemento típico que nos ocupa, indica el TS que el precepto, en su redacción inicial, recogía una lista abierta ejemplificada, con el fin de identificar el peligro para la fauna que trataba de prevenir, «en concreto, que la fauna quedara expuesta a medios de caza o de pesca que presentaran la misma idoneidad para generar impactos lesivos que la que es predicable de la utilización del veneno o de la utilización de explosivos». A su entender, lo que trataba de prevenirse no era solo la destrucción de los múltiples ejemplares de una misma especie que pueden entrar en el radio de acción de esos instrumentos, sino también la afectación indiscriminada de las especies que compartan el espacio de voladura o el contaminado por el veneno. Opina que la reforma de 2010 no ha alterado esta comprensión del tipo, sino que se ha limitado a introducir un mayor detalle descriptivo. Por tanto, «la no selección de las piezas carece de relevancia si no repercute en el deterioro de la biodiversidad». De la redacción del precepto se deduce, dice el TS, que la ley no equipara siempre los medios selectivos de caza al empleo de veneno o explosivos y, además, el principio de subsidiariedad reclama distinguir el delito de la irregularidad administrativa.

En consecuencia, «para que pueda concluirse que hay un riesgo potencial para la fauna equivalente al descontrol lesivo que, de manera abstracta, se atribuye al veneno o a los explosivos, es necesario identificar en la actuación un marcado riesgo de poder perjudicar, de un modo equiparable, a la biodiversidad en que se introduce (el medio no selectivo)».

(ECLI:ES:APOU:2017:864), SAP de Huesca (sec. 1.^a) 47/2019, de 4 de noviembre (ECLI:ES:APHU:2019;132), y SAP de Bilbao (sec. 2.^a) 90157/2020, de 20 de julio (ECLI:ES:APBI:2020:1678), con cita de abundantes pronunciamientos del mismo parecer.

²⁶ Véanse SAP de Castellón (sec. 2.^a) 133/2015, de 7 de mayo (ECLI:ES:APCS:2015:565), SAP de Barcelona (sec. 6.^a) 179/2016, de 4 de marzo (ECLI:ES:APAB:2016:1786), y SAP de Badajoz (sec. 3.^a) 19/2018, de 7 de febrero (ECLI:ES:APBA:2018:108).

Ese «plus de idoneidad» para crear un riesgo a la fauna «se identifica como la capacidad intrínseca de generar un contexto de caza o de pesca presidido por la ausencia de control sobre el objeto que puede resultar afectado o sobre la extensión de sus efectos». En definitiva, la caza con liga o con otros medios no selectivos puede en ocasiones integrar el tipo penal, pero no siempre. En el caso concreto, el riesgo para la biodiversidad penalmente relevante debe medirse conforme a dos parámetros: a) riesgo de perjudicar a un número relevante de ejemplares de la especie, y b) riesgo de afectación a otras especies²⁷.

En otro orden de cosas, este delito es interpretado como de peligro abstracto y de simple actividad, pues para la consumación bastaría con la disposición de los medios descritos para la caza o pesca, dada su elevada potencialidad lesiva, sin que se exija siquiera la captura de ningún animal²⁸. Esto lo distingue del resto de los delitos contra la fauna relativos a la caza o la pesca, donde sí se requiere dicha captura, aunque no se llegue a producir ningún resultado de muerte de animales.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna constituyen un buen ejemplo de las dificultades para distribuir adecuadamente los ámbitos de lo ilícito penal y lo ilícito administrativo cuando el objeto de protección es compartido. En la tutela penal de la biodiversidad, al igual que en tantas otras materias, el legislador ha utilizado una técnica de tipificación expansiva, tendencia que se ha agudizado en las modificaciones introducidas por la LO 1/2015, de reforma del CP. Al ampliarse las conductas susceptibles de ser abarcadas por las figuras delictivas, se produce un acercamiento, cuando no un claro solapamiento, de los delitos y las infracciones administrativas.

El TS, en dos sentencias del año 2020, propone una interpretación restrictiva de los preceptos de posible aplicación (arts. 335 y 336, respectivamente) que, en realidad, resulta extrapolable a todos los delitos contra la flora y la fauna. En estos pronunciamientos insiste el TS en la necesidad de respetar el principio de intervención mínima del Derecho penal,

²⁷ Sigue la misma argumentación la SAP de Barcelona (sec. 5.ª) 648/2020, de 18 de noviembre (ECLI:ES:APB:2020:13026), en un caso de caza con red japonesa.

²⁸ En la doctrina véase BLANCO CORDERO (2015), p. 174. En la jurisprudencia, SAP de Castellón (sec. 2.ª) 2/2020, de 23 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APCS:2019:57), SAP de Barcelona (sec. 5.ª) 219/2019, de 25 de marzo (ECLI:ES:APB:2019:4332), y SAP de Barcelona (sec. 2.ª) 707/2019, de 4 de noviembre (ECLI:ES:APB:2019:14900).

por lo que no toda infracción de la normativa administrativa protectora de la flora y la fauna ha de ser calificada como delito. A la hora de ponderar la realización de los tipos, se requiere atender a criterios hermenéuticos teleológicamente vinculados al respeto y a la conservación de la biodiversidad, impidiendo que se conviertan en delito conductas que, pese a encajar en la literalidad del precepto en cuestión, no alberguen el plus de ofensividad que justifique la respuesta penal.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BLANCO CORDERO, Isidoro. Artículo 334. Artículo 335. Artículo 336. En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo IV*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Aranzadi, 2015, pp. 157-178.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos. En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.); VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián (Coord.). *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1192-1206.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. 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*, n. 15-11, 2013, pp. 1-65.

GARCÍA MOSQUERA, Marta. Relevancia penal del furtivismo marino: el delito de marisqueo ilegal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 21-18, 2019, pp. 1-56.

HAVA GARCÍA, Esther. Protección jurídica de la fauna y flora en España. Valladolid: Trotta, 2000.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Protección penal de la biodiversidad (arts. 332, 334 y 335 CP). En: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1047-1071.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. El art. 332 C. P.: el concepto de especie protegida y otras cuestiones de legalidad y ofensividad. *Revista General de Derecho Penal*, n. 36, 2021, pp. 1-53.

MORALES PRATS, Fermín. Artículo 334. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal español*. Tomo II. 7.^a edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Aranzadi, 2016, pp. 853-858.

MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen; GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *Manual de Derecho Penal medioambiental*. 2.^a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

MUÑOZ LORENTE, José. 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*, 2.^a Época, n. 19, 2007, pp. 309-363.

5. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- STS (Sala 2.^a) 562/2020, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3572).
- STS (Sala 2.^a) 570/2020, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3566).
- SAP de Girona (sec. 4.^a) 37/2015, de 22 de enero (ECLI:ES:APGI:2015:215).
- SAP de Castellón (sec. 2.^a) 133/2015, de 7 de mayo (ECLI:ES:APCS:2015:565).
- SAP de Ciudad Real (sec. 1.^a) 61/2015, de 12 de mayo (ECLI:ES:APCR:2015:468).
- SAP de Zamora (sec. 1.^a) 97/2015, de 3 de noviembre (ECLI:ES:APZA:2015:387).
- SAP de Zamora (sec. 1.^a) 102/2015, de 19 de noviembre (ECLI:ES:APZA:2015:417).
- SAP de Barcelona (sec. 6.^a) 179/2016, de 4 de marzo (ECLI:ES:APAB:2016:1786).
- SAP de Barcelona (sec. 6.^a) 307/2017, de 26 de abril (ECLIES:APB:2017:2942).
- SAP de Cádiz (sec. 4.^a) 280/2017, de 10 de octubre (ECLI:ES:APCA:2017:1915).

- SAP de Badajoz (sec. 3.^a) 214/2017, de 26 de octubre (ECLI:ES:APBA:2017:962).
- SAP de Murcia (sec. 2.^a) 405/2017, de 7 de noviembre (ECLI:ES:APMU:2017:2324).
- SAP de Ourense (sec. 2.^a) 412/2017, de 27 de diciembre (ECLI:ES:APOU:2017:864).
- SAP de Badajoz (sec. 3.^a) 19/2018, de 7 de febrero (ECLI:ES:APBA:2018:108).
- SAP de Barcelona (sec. 9.^a) 158/2018, de 2 de marzo (ECLI:ES:APB:2018:4493).
- SAP de Ciudad Real (sec. 1.^a) 40/2018, de 8 de marzo (ECLI:ES:APCR:2018:220).
- SAP de Córdoba (sec. 2.^a) 121/2018, de 4 de abril (ECLI:ES:APCO:2018:296).
- SAP de Córdoba (sec. 2.^a) 183/2018, de 8 de mayo (ECLI:ES:APCO:2018:376).
- SAP de A Coruña (sec. 1.^a) 261/2018, de 10 de mayo (ECLI:ES:APC:2018:1000).
- SAP de Tarragona (sec. 2.^a) 514/2018, de 16 de noviembre (ECLI:ES:APT:2018:1714).
- SAP de Lleida 61/2019, de 11 de febrero (ECLI:ES:APL:2019:48).
- SAP de Barcelona (sec. 5.^a) 219/2019, de 25 de marzo (ECLI:ES:APB:2019:4332).
- SAP de Madrid (sec. 3.^a) 294/2019, de 13 de mayo (ECLI:ES:APM:2019:14678).
- SAP de Madrid (sec. 17.^a) 396/2019, de 30 de mayo (ECLI:ES:APM:2019:5043).
- SAP de Granada (sec. 1.^a) 272/2019, de 6 de junio (ECLI:ES:APGR:2019:2338).
- SAP de Córdoba (sec. 3.^a) 436/2019, de 11 de octubre (ECLI:ES:APCO:2019:1470).

- SAP de Huesca (sec. 1.^a) 47/2019, de 4 de noviembre (ECLI:ES:APHU:2019:132).
- SAP de Barcelona (sec. 2.^a) 707/2019, de 4 de noviembre (ECLI:ES:APB:2019:14900).
- SAP de Cáceres (sec. 2.^a) 328/2019, de 27 de noviembre (ECLI:ES:APCC:2019:984).
- SAP de Castellón (sec. 2.^a) 2/2020, de 23 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APCS:2019:57).
- SAP de Soria (sec. 1.^a) 2/2020, de 20 de enero (ECLI:ES:APSO:2020:25).
- SAP de Barcelona (sec. 22.^a) 142/2020, de 20 de febrero (ECLI:ES:APB:2020:1932).
- SAP de Vizcaya (sec. 6.^a) 90060/2020, de 28 de febrero (ECLI:ES:APBI:2020:571).
- SAP de Madrid (sec. 17.^a) 152/2020, de 9 de marzo (ECLI:ES:APM:2020:2946).
- SAP de Las Palmas (sec. 2.^a) 93/2020, de 6 de abril (ECLI:ES:APGC:2020:235).
- SAP de Cantabria (sec. 1.^a) 94/2020, de 4 de mayo (ECLI:ES:APS:2020:1241).
- SAP de Bilbao (sec. 2.^a) 90157/2020, de 20 de julio (ECLI:ES:APBI:2020:1678).
- SAP de Badajoz (sec. 1.^a) 115/2020, de 9 de septiembre (ECLI:ES:APBA:2020:968).
- SAP de Madrid (sec. 16.^a) 352/2020, de 29 de septiembre (ECLI:ES:APM:2020:9489).
- SAP de Madrid (sec. 30.^a) 410/2020, de 29 de octubre (ECLI:ES:APM:2020:12071).
- SAP de Barcelona (sec. 5.^a) 648/2020, de 18 de noviembre (ECLI:ES:APB:2020:13026).
- SAP de Madrid (sec. 16.^a) 19/2021, de 22 de enero (ECLI:ES:APM:2021:221).

- SAP de Cáceres (sec. 2.^a) 51/2021, de 23 de febrero (ECLI:ES:APCC:2021:284).
- SAP de Guipúzcoa (sec. 1.^a) 44/2021, de 22 de marzo (ECLI:ES:APSS:2012:412).
- SAP de Las Palmas de Gran Canaria (sec. 1.^a) 163/2021, de 24 de mayo (ECLI:ES:APGC:2021:1346).
- SAP de Jaén (sec. 2.^a) 108/2021, de 8 de junio (ECLI:ES:APJ:2021:968).
- SAP de Ciudad Real (sec. 1.^a) 77/2021, de 24 de junio (ECLI:ES:APCR:2021:703).
- SAP de Madrid (sec. 3.^a) 482/2021, de 6 de octubre (ECLI:ES:APM:2021:11481).