CESEJ – Ediciones

# COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL

## SEGUNDA ÉPOCA

Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal
Catedrático de Derecho penal y Abogado

Tomo X (Vol. II)

Libro II

Título XVI, de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (Artículos del 319 al 340)

D. Carlos Aránguez Sánchez
D. Ignacio Francisco Benítez Ortúzar
D. Manuel Cobo del Rosal
D. Manuel Gómez Tomillo
D. Antonio M.ª Javato Martín
D. José Muñoz Lorente
D. Miguel Olmedo Cardenete
D. Ignacio Rodríguez Fernández
D.ª Isabel Sánchez García de Paz
D. José María Suárez López

Madrid, 2006

**CARLOS ARÁNGUEZ SÁNCHEZ**
Profesor Titular de Derecho Penal
de la Universidad de Granada

## ARTÍCULO 334
### LA PROTECCIÓN PENAL DE ANIMALES EN PELIGRO DE EXTINCIÓN

**1. El que cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, contraviniendo las Leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, comercie o trafique con ellas o con sus restos, 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 el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años.**

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

**Sumario:** I. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.– II. BIEN JURÍDICO.– III. TIPO OBJETIVO: 1. Sujetos. 2. Conducta típica. 3. Objeto material. 4.— La contravención de leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre. 5. Resultado.– IV. TIPO SUBJETIVO.– V. ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD.– VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS.– VII. *ITER CRIMINIS*.– VIII. PROBLEMÁTICA CONCURSAL.– IX. BIBLIOGRAFÍA.

## I. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA:

Con buen criterio, el legislador de 1995 deroga una serie de disposiciones relativas a la caza y a la pesca ilegales que se encontraban dispersas en una amplia variedad de leyes penales especia-

les[1], algunas de ellas tan añejas como la Ley de 19 de septiembre de 1896 para la protección de pájaros insectívoros, e incorpora al Código Penal los delitos protectores de la fauna[2].

De hecho, todos los delitos o faltas antes contenidos en leyes especiales que no pasaran a recogerse en el Código Penal se degradan a simples infracciones administrativas[3].

El esfuerzo codificador y simplificador de la regulación penal de esta materia debe valorarse muy positivamente. Ahora bien, se ha perdido una magnífica oportunidad para reprimir con mayor contundencia unas conductas que están ocasionando la desaparición de especies de inestimable valor biológico[4].

El hombre es el único animal capaz de cambiar el entorno en lugar de adaptarse a él. Hasta ahora el ecosistema general ha podido absorber todas las agresiones que continuamente comprometen su equilibrio. Pero más pronto que tarde el menosprecio al medio ambiente terminará pasando factura.

## II. BIEN JURÍDICO

Las primeras normas penales protectoras del medio ambiente se centraron en la tutela de sus elementos constitutivos: el agua, aire y suelo. Pero la insuficiencia de esa visión inicial ha conducido a la ampliación de ese amparo a otros factores esenciales para el equilibrio natural, como los climáticos o los biológicos[5].

---

[1] Vid. Disposición Derogatoria,

[2] Recientemente la LO 15/2003 ha incorporado junto a los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna, el relativo a la protección de animales domésticos (art. 337 CP), un delito necesario —incluso en términos más amplios que los actuactuales— pero no que no tiene correcta ubicación en esta sede.

[3] De acuerdo con lo establecido en la Disposición Derogatoria del Código Penal, los delitos y faltas previstos en la Ley de Caza, y no contenidos en el Código, tendrán la consideración de infracciones administrativas muy graves, sancionándose con multa de cincuenta mil a quinientas mil pesetas y retirada de la licencia de caza, o de la facultad de obtenerla, por un plazo de dos a cinco años.

[4] En un trabajo anterior ya expuse, junto al Prof. Olmedo, algunas consideraciones críticas sobre los delitos relativos al medio ambiente en el CP de 1995, vid. Olmedo Cardente, Miguel/Aránguez Sánchez, Carlos. «El mandato constitucional de protección del medio ambiente y su plasmación en el Código Penal de 1995», en VV.AA. *Estudios de Derecho Público. Libro-Homenaje al Prof. Ruiz-Rico.* Tomo I, Madrid. Editorial Tecnos. 1997.

[5] Hava García, Esther. «Delitos relativos a la protección de la flora y la fauna» en Terradillos-Basoco, Juan. *Derecho penal del medio ambiente*. Madrid, Trotta, 1997. pág. 59.

En esa línea, el bien jurídico protegido en el art. 334 CP es la biodiversidad de la fauna[6], que se pone en peligro cada vez que se realiza una conducta que comprometa la perpetuación de alguna especie.

La biodiversidad es la variedad de formas de vida sobre la tierra. En su sentido más amplio, no sólo abarca la diversidad de especies, sino también la diversidad genética (viabilidad dentro de las especies), y la diversidad de ecosistemas (interdependencia entre las especies)[7]. La biodiversidad se mide por el número de especies existentes. España es el país que presenta la mayor variedad florística y faunística de Europa[8].

Con todo debemos anticipar que la tutela dispensada a este bien jurídico por el art. 334 CP deja mucho que desear, pues las conductas típicas siguen gravitando en torno a la caza ilícita, cuando en realidad la extinción de especies no está tan ligada a esos mecanismos de acoso directo como a otras conductas de mayor peligro potencial (entre otras, explotación excesiva de especies, destrucción de hábitats, introducción de especies exóticas, etc)[9].

## III. TIPO OBJETIVO

### 1. Sujetos

Estamos ante un tipo común. Cualquiera puede realizar este delito. A diferencia de lo que sucede en el art. 335.4° CP, en el delito que ahora nos ocupa no se prevé la agravante específica de cuadrilla.

---

[6] La doctrina mayoritaria también considera la biodiversidad como el bien jurídico tutelado en este precepto. Por todos, vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. «Delitos relativos a la protección de la flora y la fauna» en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dir.). *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia.* Tomo II. Madrid, Trivium, 1997. pág. 3284.

[7] BAUTISTA PAREJO, Carmen. «Aspectos biológicos y zoológicos de los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, T. VIII, 1998. pág. 450.

[8] *Ibidem*, pág. 445.

[9] HAVA GARCÍA, Esther. «Delitos relativos a la protección de la flora y la fauna». *Op.Cit.* pág. 64.

## 2. Conducta típica

Existen dos bloques de conductas: Por un lado, cazar, pescar, impedir o dificultar la migración o reproducción de las especies. Por otro, traficar o comerciar con especies o con sus restos.

Cazar significa, según el Diccionario de la RAE, «buscar o seguir a las aves, fieras y otras muchas clases de animales para cobrarlos o matarlos». Más detallada es la definición contenida en el art. 2 de la Ley de Caza (Ley 1/1970, de 4 de abril): «Se considera acción de cazar la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos en esta Ley como piezas de caza, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por tercero».

De este modo, quedan fuera del concepto penal de caza acciones que no estén directamente dirigidas a la captura de animales, aunque puedan lesionar la biodiversidad, por ejemplo, organizar una carrera ilegal por caminos rurales que atraviesan el hábitat de una especie en peligro de extinción, atropellando a varios ejemplares[10].

Ahora bien, de las definiciones de «caza» antes expuestas se deduce que no es necesario siquiera capturar ningún animal[11], sino que basta con perseguirlos y acosarlos con la intención de atraparlos[12].

Por ello, el acto de caza no implica necesariamente la muerte inmediata del animal. Además debe tenerse en cuenta que un animal se entiende cazado cuando haya sido muerto tras su acecho, cobrado con vida o herido mortalmente[13].

---

[10] Algunos autores solicitan la inclusión de estas conductas a través de un configuración más amplia de la conducta típica, vid. VERCHER NOGUERA, Antonio. «Delitos contra la flora y la fauna» en DEL MORAL GARCÍA, Antonio/SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (Coords.). *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia.* Tomo II. Granada, Comares, 2002. pág. 2084.

[11] Por el contrario algunos autores consideran que la conducta de cazar exitge un resultado material. Vid. MESTRE DELGADO Esteban. «Los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos», en LAMARCA PÉREZ, Carmen. *Derecho Penal. Parte Especial.* Madrid, Colex, 2004. pág. 441.

[12] De esta opinión, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. «Delitos relativos a la protección de la flora y la fauna». *Op. Cit.* pág. 3289; VERCHER NOGUERA, Antonio. «Delitos contra la flora y la fauna». *Op.Cit.* pág. 2085.

[13] Así, quien hiere mortalemente a un oso pardo que posteriormente es sacrificado por un veterinario para evitar su lenta y peligrosa agonía, responde por el delito consumado y no simplemente por una tentativa.

Por el contrario, es dudoso que el verbo «cazar», en su sentido jurídicopenal, pueda acoger la captura momentánea de animales para ponerlos inmediatamente en libertad sin causarles daño[14]. En tales casos difícilmente se está atentando contra la biodiversidad. Si no se restringe su capacidad reproductiva o de migración, estas conductas podrían ser sancionadas, a lo sumo, por el derecho administrativo.

Por «pescar», siguiendo la acepción común del término, debe entenderse «sacar o tratar de sacar del agua peces y otros animales útiles al hombre». Se trata de una conducta que puede practicarse tanto en aguas marítimas como fluviales.

Un sector de la doctrina[15] ha criticado la utilización de los términos «caza» y «pesca» en relación a especies de fauna amenazada o en peligro de extinción, porque éstas no son «piezas de caza» en el sentido establecido en la Ley de Caza (Ley 1/1970, de 4 de abril) y el RD 1095/1989, de 8 de septiembre, por el que se declaran las piezas objeto de caza y pesca. En mi opinión, los términos «cazar» y «pescar» no se restringen a la actividad lícitamente desarrollada sobre «piezas de caza» en el sentido administrativo del término[16].

La fórmula «realizar actividades que impidan o dificulten la reproducción o migración» es excesivamente indeterminada. Si se mantiene una interpretación formalista, puede responder por este delito quien produce un ruido excesivo para provocar la dispersión momentánea de una bandada de cigüeñas negras que está anidando en su tejado[17]. En atención al principio de insignificancia deben excluir de la tipicidad todas las conductas que no tengan capacidad suficiente para no comprometer seriamente la biodiversidad.

Así, arrebatar del propio claustro materno huevos con viabilidad de obtener nuevos individuos de la especie sería una actividad

---

[14] Por ejemplo, para extraerles sangre y realizar un estudio no autorizado administrativamente.

[15] CABALLERO KLINK, Jesús. «Delitos relativos a la protección de la flora y la fauna», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, T. VIII, 1998, pág. 381.

[16] La expresión «cazar moscas» es más que común en nuestro idioma y ello a pesar de que estos invertebrados quedan fuera, obviamente, de la actividad regulada por la legislación administrativa sobre la caza.

[17] Vid. HAVA GARCÍA, Esther. «Delitos relativos a la protección de la flora y la fauna» en TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal del medio ambiente*. Madrid, Trotta, 1997. pág. 68; En los mismos términos, BAUCELLS LLADÓS, Joan. «De los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna». *Op.Cit.* pág. 1450.

que evidentemente dificulta o impide la reproducción. En cambio, si los huevos ya han sido depositados estaríamos ante un supuesto de caza.

Otros supuestos, como por ejemplo, la destrucción de nidos o vivares debe ser analizada caso por caso para determinar si es o no una forma de forzar la migración de la especie.

Además, equiparar como conductas típicas «dificultar» e «impedir» supone un atentado al principio de proporcionalidad, pues es evidente que son acciones con distinta gravedad.

En cuanto a la expresión «traficar» es lo suficientemente amplia como para abarcar los supuestos de comercio, por ello considero que la precisión del legislador es innecesaria[18], y que si se eliminara la expresa referencia al comercio de especies de fauna amenazadas o de sus restos, la alusión al tráfico cubriría igualmente estas conductas. En apoyo de esta tesis, debe recordarse que la protección penal de especies de flora amenazada del art. 332 CP prohíbe exclusivamente el tráfico, sin mencionar expresamente el comercio de estas especies.

Por otra parte, en el tipo no se exige ánimo de lucro, por lo que la donación está incluida en el concepto de tráfico[19]. Así se deduce de una interpretación sistemática de este término, pues recordemos que existe reiterada jurisprudencia del TS que considera que la donación de drogas supone un acto de tráfico.

La jurisprudencia ha señalado que el art. 334 CP sanciona el tráfico de restos de animales protegidos, incluso en el supuesto de que se probase que dicho animal haya muerto por causas naturales[20]. Con independencia de que tal conducta pueda ser considerada como una infracción administrativa, castigar penalmente esta conducta parece un claro atentado al principio de ofensividad.

Por otra parte, la mera posesión o la compra de esos restos no queda incluida en el ámbito de tipicidad del precepto[21].

Ahora bien, más polémica es la simple posesión de especies amenazadas, en la medida en que tales conductas pueden frustrar

---

[18] De «redundante» la califica CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. «Delitos relativos a la protección de la flora y la fauna». *Op. Cit.* pág. 3286.

[19] En sentido contrario, considerando que la donación no está incluida en el concepto de tráfico, cfr. BAUCELLS LLADÓS, Joan. «De los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna». *Op. Cit.* pág. 1450.

[20] Expresamente, vid. SAP de Toledo de 10 de febrero de 1999.

[21] Entre otras, véanse las sentencias de la AP de Barcelona de 8 de octubre de 1999 y de 8 de junio de 2000.

las normales migraciones y ciclos reproductivos de las especies amenazadas. El Tribunal Supremo, en su STS de 29 de septiembre de 2001, ha analizado con detenimiento las razones por las que no puede sancionarse penalmente la mera posesión de ejemplares de una especie protegida, en este caso, varios Halcones Peregrinos:

a) Ante todo la tenencia como tal de especies amenazadas no está incluida en el precepto. Sin embargo, el legislador sí prevé la posesión como conducta típica en la Ley de Contrabando, posterior al vigente Código Penal. Así, se considera delito de contrabando en el artículo 2.1.f), realizar, sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos, operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, o 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, y en el Reglamento (CEE) número 3626/1982, del Consejo, siempre que el valor de los bienes, mercancías, género o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas. Su justificación estaría en la previa introducción ilegal de la especie en territorio español, pero fijándose la conminación penal cuando el valor sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas, pues siendo inferior se aplicará la infracción administrativa.

b) También en el Código Penal, cuando el legislador ha querido penar la tenencia o posesión autónomamente, así lo ha hecho. Ejemplo de ello son los artículos 348, a propósito de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas o asfixiantes, o el 371 que se refiere a equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de UN de 1988. Es más, el propio artículo 368 CP subordina expresamente la posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas a los fines descritos en el mismo (cultivo, elaboración o tráfico...); también el artículo 386 se refiere a la tenencia de moneda falsa para su expedición o distribución. Ello significa que la posesión o tenencia en sí misma no está prevista en el tipo descrito en el artículo 334, así como tampoco cabe deducir implícitamente, a los efectos de entender consumado el delito, su preordenación al tráfico por falta de descripción típica. El delito se consuma mediante los actos típicos de comercio o tráfico de las especies amenazadas.

c) La realización de actividades que impidan o dificulten la reproducción o migración de aquéllas puede entrañar desde luego posesión de las mismas. Sin embargo, en el caso sería preciso que el relato fáctico consignase el sustrato de igual orden que permitiese deducir tal impedimento o dificultad teniendo en cuenta que se trata de actividades en relación con épocas o momentos determinados de la vida de las aves.

d) La norma principal extrapenal de remisión de derecho interno del artículo 334 CP, está constituida por la Ley 4/1989. Es cierto que su artículo 26 prohíbe la posesión, tráfico y comercio de ejemplares vivos o muertos o de sus restos, incluyendo el comercio exterior, en relación a los animales silvestres y especialmente los comprendidos en alguna de las categorías enunciadas en el artículo 29, como es el caso. Sin embargo, el legislador penal ha conminado el tráfico y comercio, pero no la posesión, y por ello no es posible integrar por esta vía el citado precepto pues se desbordaría el principio de legalidad, constituyendo dicha posesión, en su caso, una infracción administrativa

Por todo ello concluye el TS en la referida sentencia que «la tenencia o posesión no constituye acción típica a los efectos de la consumación del delito por el que se acusa, sin que tampoco, por lo ya apuntado, sea posible entender que su preordenación al tráfico equivalga a ello. Es necesario algo más para que exista tráfico o comercio, concretamente, traslado, transferencia o circulación de dicha posesión a terceros».

Respecto a la compra se da la paradoja de que la conducta tampoco sería constitutiva de receptación, porque el delito previo del que provienen los efectos (los animales en este caso) no es un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, como exige el art. 298 CP. Las posibilidades de responder como inductor o encubridor también son difíciles de construir dogmáticamente en la mayoría de los supuestos.

Por otra parte, para sancionar el tráfico de especies amenazadas a través del art. 334 CP no basta con carecer de las preceptivas autorizaciones administrativas para realizar la venta de un animal protegido, sino que la jurisprudencia viene exigiendo que tal permiso administrativo no pudiera de hecho obtenerse tras la realización de los correspondientes trámites[22]. Esta sería la diferen-

[22] SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 1999.

cia entre el acto de comercio sancionado como delito por el art. 334 CP y la infracción administrativa prevista en el art. 38 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo.

### 3. Objeto material

El tipo básico del primer párrafo del art. 334 CP y el tipo agravado del segundo párrafo difieren sólo en el objeto material. En el primer caso se trata de especies de fauna amenazada, en el segundo de especies catalogadas en peligro de extinción.

Aunque el art. 334.1 CP aluda inicialmente a «especies amenazadas» debe entenderse que el objeto material se limita a las especies de fauna amenazada[23], pues la protección penal de las especies de flora amenazadas se contempla en el art. 332 CP, la conducta típica se refiere claramente a la fauna y no a la flora (cazar, pescar, impedir la migración, etc) y además en el mismo precepto se incluye una remisión a «las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre».

En este contexto «especie» es por tanto cualquier espécimen de animal vivo. En el caso de especies ovíparas la protección penal se dispensa desde el momento en el que los huevos son expulsados del claustro materno.

Por «restos» debe entenderse el cadáver del animal. Por supuesto, se incluye el tráfico de partes del cadáver, como la piel del oso o la cabeza del tigre. Es discutible que la literalidad del precepto permita castigar el tráfico de material biológico que puede provenir de un animal vivo. Si consideramos que la palabra «restos» abarca el marfil proveniente de los colmillos de un elefante (que no necesariamente debe haber sido sacrificado), estaríamos extendiendo también la sanción penal a supuestos como el comercio con la piel que ha mudado un lagarto.

El legislador tampoco acierta al referirse a especies de fauna «silvestres». Esa matización parece dejar fuera aquellos animales que hayan sido amaestrados o domesticados. Creo sin embargo que la referencia a «silvestres» se predica de la especie en su conjunto, y no de cada individuo, por ello traficar con un chimpancé

---

[23] De la misma opinión, BAUCELLS LLADÓS, Joan. «De los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna» en CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dirs.). *Comentarios al Código Penal. Parte especial.* Madrid, Marcial Pons, 2004. pág. 1447.

adiestrado fuera de los casos permitidos en la normativa administrativa podría ser una conducta sancionada por el art. 334 CP.

Una cuestión particularmente interesante es el alcance de la exigencia de la especie esté «amenazada» (art. 334.1 CP) o «en peligro de extinción» (art. 334.2 CP). Existen dos posturas básicas:

— La doctrina mayoritaria considera que estamos ante una remisión a la normativa administrativa[24]. Es una posición que también ha mantenido parte de la jurisprudencia[25].

— Pero en mi opinión, es más acertado comprobar caso por caso la efectiva amenaza o peligro de extinción. La calificación administrativa puede ser considerada como una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, pero no una condición indispensable y suficiente para entender cumplido este requisito[26].

De esta manera, habrá casos en los que pese a existir una normativa administrativa que califica la especie como amenazada o en peligro de extinción se acredite que no exista tal peligro[27]. Del mismo modo es imaginable el supuesto del descubrimiento de una especie en peligro de extinción que pueda ser efectivamente exterminada sin que haya tiempo siquiera de dispensar una protección administrativa. No parece oportuno dejar estos supuestos fuera del ámbito de cobertura penal, pues es evidente que se pone en peligro la biodiversidad.

Como ha destacado el Tribunal Supremo, se trataría de dar preferencia a la antijuricidad material sobre la formal[28]. La mera inclusión en un catálogo administrativo tendrá relevancia únicamente a efectos de prueba, a la hora de valora esta circunstancia, pero lo esencial para aplicar este delito es que conste, por cualquiera de los medios de prueba válidos en nuestro derecho, que los ejemplares objeto material del delito pertenecían a una especie de fauna amenazada o en peligro de extinción.

---

[24] Prats Canut, José Miguel. «Delitos relativos a la protección de la flora y la fauna» en Quintero Olivares, Gonzalo y Morales Prats, Fermín. *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz.* Pamplona, Aranzadi, 2001. pág. 1546; Baucells Lladós, Joan. «De los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna». *Op.Cit.* pág. 1447.

[25] Por todas, vid. SAP de Sevilla de 14 de julio de 2003.

[26] Esta tesis también tendría apoyo en algunas decisiones, como por ejemplo la SAP de Jaén de 22 de febrero de 2000.

[27] Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido. «Delitos relativos a la protección de la flora y la fauna» en Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido (Dir.). *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia.* Tomo II. Madrid, Trivium, 1997. pág. 3285.

[28] STS de 29 de noviembre de 2001 y de 19 de mayo de 1999.

En principio, la exigencia de que la especie esté amenazada o en peligro de extinción deja fuera del objeto material de este delito, a todas las especies clasificadas únicamente como «de interés especial»[29]. Según el art. 29 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y faunas silvestres, las especies «de interés especial» se protegen por su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad», pero no porque estén amenazadas o en peligro de extinción. Así, la STS de 19 de mayo de 1999 declara la inexistencia de un delito de caza de especies amenazadas por el hecho de dar muerte a un pájaro «Pico Picapinos», ave de especial interés no catalogada como amenazada.

No obstante, la caza o pesca no autorizada de estas especies puede ubicarse en el delito del art. 335 CP, e incluso en el delito del art. 334 CP, pero en este último caso no en base a su clasificación administrativa, sino porque atendiendo a pruebas periciales se llegue al efectivo convencimiento de que la especie en concreto está amenazada o en peligro de extinción.

## 4. La contravención de leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies

La normativa extrapenal protectora de especies de fauna silvestres se encuentra dispersa en una multiplicidad de normas de muy distinto rango.

Tendrán que tenerse en cuenta los Tratados internacionales sobre la materia (como el Convenio de Washington sobre el comercio internacional de especies de flora y fauna, de 3 de marzo de 1973), la normativa europea (por ejemplo, la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo, o el Reglamento CEE 3623/82, de 3 de diciembre), la legislación de ámbito estatal (entre otros, la Ley 4/1989, de 27 de marzo de conservación de los espacios naturales y de la flora y faunas silvestres, o el RD 439/1990, de 30 de marzo; y RD 1997/1995, de 7 de diciembre).

---

[29] Muñoz Lorente, José. «Juicio crítico sobre las reformas penales en materia medioambiental introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal» en *La Ley Penal*, núm. 6, 2004; Caso Jiménez, Teresa del. «Delitos relativos a la manipulación genética» en Sánchez Melgar, Julián (Coord.). *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*. Madrid, Sepín, 2004. págs. 1685 y 1686.

### 5. Resultado

La doctrina viene considerando que las conductas previstas en este artículo suponen un peligro en concreto para la biodiversidad[30]. Compartiendo esta opinión sería oportuno matizar que en los casos en los que se trafica con restos de especies de fauna amenazada estaríamos ante un delito de peligro en abstracto, porque parece evidente que la puesta en peligro para la diversidad de la vida en estos casos es mucho más lejana.

## IV. TIPO SUBJETIVO

Sólo se sanciona la comisión dolosa de estas conductas, ya sea con dolo directo o eventual[31]. Por ello, responde por la comisión de este delito en dolo eventual quien deseca una laguna con fines agrícolas, pero sabiendo que su conducta quizá pueda afectar a la ruta que siguen determinadas aves migratorias.

Además, como hemos destacado anteriormente, se exige ánimo de lucro únicamente en relación al comercio de especies o sus restos (pues está ínsito en el mismo vocablo), pero no en las restantes modalidades típicas (en las que se incluye los actos de tráfico sobre esas mismos animales o sus restos, por lo que es punible la donación de los mismos).

Serán muy frecuentes los supuestos en los que se alegue error de tipo sobre la condición de especie protegida del animal sobre el que ha recaído la conducta. Pesemos que sólo el RD 1997/1995, de 7 de diciembre, recoge en sus anexos más de doscientas especies amenazadas.

A la hora de valorar el error debe tenerse en cuenta, junto a las circunstancias concretas del caso, que las Comunidades Autónomas exigen el estudio de las especies protegidas para conceder Licencia de Caza, y que la legislación de los años noventa se ha cuidado de aportar la denominación común de estos animales y no sólo su clasificación científica en latín, como sucedía en las primeras catalogaciones de especies amenazadas.

---

[30] Por todos, vid. BAUCELLS LLADÓS, Joan. «De los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna». *Op.Cit.* pág. 1452.

[31] En el mismo sentido, vid. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Nuevo Código Penal Comentado*. Madrid, Edersa, 1996. pág. 489; BAUCELLS LLADÓS, Joan. «De los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna» *Op.Cit.* pág. 1453.

No obstante, incluso en el caso en el que se conozcan perfectamente las especies amenazadas, el sujeto puede obrar igualmente con error de tipo si, por ejemplo, disparó a un castor pensando que disparaba a una liebre.

## V. ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

Pueden presentarse causas de justificación, por ejemplo, el estado de necesidad objetivo cuando se cacen especies protegidas para impedir un mal mayor que el daño causado, así en el caso de que se cacen algunas aves que han contraído la gripe aviar para preservar al resto de la colonia de esta enfermedad.

## VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El art. 334 CP prevé una pena de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años.

Este marco punitivo se debe a la reforma operada por la LO 15/2003, que sin motivación alguna (ni en su Exposición de Motivos ni en su tramitación parlamentaria), ha rebajado el límite mínimo de la pena privativa de libertad, que antes era de seis meses, y actualmente de cuatro. También se ha rebajado sensiblemente la pena de inhabilitación especial, que antes era de tres a ocho años, y ahora sólo de dos a cuatro años[32]. Recordemos además que las infracciones muy graves a la Ley de Caza (Ley 1/1970, de 2 de abril) se sancionan con retirada de la licencia de caza, o de la facultad de obtenerla, por un plazo de dos a cinco años. No tiene ninguna lógica que la privación del derecho de caza sea superior en el ámbito administrativo que en el penal.

Es curioso además que la pena de inhabilitación se extienda no sólo al derecho de caza, sino también al de pesca, cuando las conductas previstas en este art. 334 CP no se refieren a esa última actividad. El juzgador deberá motivar la extensión de esta pena a

[32] De hecho, el tenor literal del art. 337 CP hasta la entrada en vigor de la LO 15/2003, era el siguiente: «En los supuestos previstos en los tres artículos anteriores, se impondrá además a los responsables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de tres a ocho años».

las conductas de pesca para no incurrir en infracción del principio de adecuación de penas.

También parece poco adecuada la imposición de pena de multa como pena principal alternativa (la opción más elegida en la práctica), sobre todo porque las multas administrativas serán normalmente mucho más elevadas, pudiendo llegar hasta los 300.000 Euros (art. 39.1 de la Ley 4/1989).

En cuanto a las consecuencias accesorias, no se prevé medida alguna contra la empresa, por ejemplo conservera, que fomenta prácticas tipificadas por este art. 334 CP.

En cambio sí que se prevén medidas reparadoras en el art. 339 CP: «Los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título».

También se ha contemplado la posibilidad de atenuación, por reparación del daño causado, en el art. 340 CP: «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».

Recordemos finalmente que si la especie ha sido catalogada «en peligro de extinción», la pena se aplica en su mitad superior. Es curioso que no se incluya una previsión similar a esta en el art. 332 CP, cuando dispensa tutela penal a las especies de flora amenazadas, algunas de las cuales también pueden estar consideradas por la normativa administrativa como «en peligro de extinción».

## VII. ITER CRIMINIS

Son posibles las formas imperfectas de ejecución, por ejemplo cuando se intenta alterar la ruta migratoria de un ave, sin conseguirlo. En el caso de tráfico existirá tentativa si el receptor no llega a disponer libremente de lo que adquiere[33].

La amplitud del verbo típico «cazar» provoca duda sobre las situaciones en las que se ha iniciado la caza pero aun no se ha

[33] Serrano Gómez, Alfonso/Serrano Maillo, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial.* (10ª Ed.). Madrid, Dykinson, 2005. pág. 650.

cobrado la pieza. Parte de la doctrina considera que estaríamos en un caso de tentativa[34]. Pero partiendo de la amplitud del término tanto en la legislación administrativa como en el Diccionario de la RAE, en el que se considera que perseguir y acechar a la presa ya es un acto de caza, estos supuestos podrían ser sancionados como delito consumado[35].

## VIII. PROBLEMÁTICA CONCURSAL

Las conductas del art. 334 pueden entrar en concurso medial con las del ar. 336 CP si se emplean los medios previstos en él para capturar un ejemplar de especie amenazada.

La doctrina ha denunciado la falta de coordinación del tráfico de especies protegidas, o de sus restos, con el delito de contrabando[36]. Se trata de un concurso aparente de normas penales[37], que debe solucionarse en base al principio de especialidad (art. 8.1 CP), aplicando el delito de contrabando cuando se alcance el valor establecido en el art. 2 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, esto es 3.000.000 de pesetas[38], en los restantes casos será aplicable el art. 334 CP[39].

En estos casos de tráfico de especies protegidas se produce por tanto una curiosa paradoja, que es destacada por CONDE-PUMPIDO: lo que hasta fechas relativamente recientes era impune ahora está doblemente sancionado en nuestra legislación[40].

---

[34] BAUCELLS LLADÓS, Joan. «De los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna» *Op.Cit.* pág. 1447.

[35] De esta opinión, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. «Delitos relativos a la protección de la flora y la fauna». *Op. Cit.* pág. 3289.

[36] CARMONA SALGADO, Concepción. «Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora, la fauna y los animales domésticos» en COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.). *Derecho Penal Español. Parte Especial.* (2º Ed.) Madrid, Dykinson, 2005. pág. 726.

[37] CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Manual de Derecho penal.* Barcelona, Deusto, 2005. pág. 373.

[38] En la SAP de Barcelona de 20 de marzo de 1998 se castiga por contrabando a quien comercia con una importante cantidad de tortugas y lagartos protegidos.

[39] La SAP de Toledo de 10 de febrero de 1999 aplica el art. 334 CP a un taxidermista al que se le encuentra el cadaver discado de un buitre, una ardilla, una lechuza y un mochuelo.

[40] CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. «Delitos relativos a la protección de la flora y la fauna». *Op.Cit.* pág. 3286. Debe tenerse en cuenta que la Ley de Contrabando se aprueba durante el periodo de vacatio legis del Código Penal.