

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)

JOSÉ MUÑOZ LORENTE

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

1. Introducción

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se han modificado numerosos preceptos del Código Penal de 1995, ha conllevado, también, una sustancial e importante reforma de los delitos relativos a la flora y la fauna, que ahora han pasado a denominarse «delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos».

En general, a tenor de lo que se establece en la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica, las claves de la que podríamos denominar como macro-reforma del Código Penal de 1995 son tres: la creciente preocupación social por la protección de determinados bienes jurídicos —entre ellos la flora y fauna—, la experiencia en la aplicación del Código Penal de 1995 y, por último, la necesidad de introducir reformas técnicas y sistemáticas. De entrada, es necesario señalar que esas supuestas claves de la reforma no resultan ser del todo ciertas si las ponemos en relación con los delitos relativos a la flora y fauna.

En este orden de cosas, es cierto que existe una creciente preocupación social por la protección de la flora y de los animales; también es cierto que se han introducido novedades —la más llamativa, a primera vista, es el delito de maltrato de animales domésticos—; pero hay que señalar cómo la reforma no se ha visto reflejada, ni en la realización de mejoras técnicas o sistemáticas —sino todo lo contrario: mayores y más claras deficiencias técnicas—, ni tampoco,

salvo excepciones¹, se ha tenido en cuenta la experiencia obtenida hasta ese momento en la aplicación de esta clase de delitos.

En el mismo sentido, también me gustaría significar cómo esa creciente preocupación social por la protección de la flora y los animales tampoco ha encontrado reflejo en las penas a imponer. En efecto, si nuestros legisladores —sean del signo que sean²— habitualmente recurren al argumento de la creciente preocupación social³ para justificar el aumento de las penas de determinados delitos —comúnmente los patrimoniales, los relacionados con la libertad sexual o con el maltrato doméstico—, hay que decir que en el caso de la flora y de los animales esa preocupación social se utiliza por la reforma en un sentido totalmente contrario; esto es, ante el aumento de la preocupación social por la flora y los animales se ha optado, de forma general, por la rebaja de las penas. Reducción de las penas que, además, está injustificada, en el sentido de no justificada o motivada, porque en los debates parlamentarios no es posible encontrar ninguna justificación o motivación explícita, ya sea de carácter técnico o dogmático, para dicha reducción.

En definitiva, el panorama de la reforma de esta clase de delitos no es muy alentador. Parece, pues, que a la hora de proceder a su reforma ha habido, cuando menos, una cierta despreocupación, por no decir un cierto desconocimiento de la fenomenología de estos delitos, de su regulación jurídico-penal y jurídico-administrativa y, también, de su aplicación práctica por los Tribunales. Ese desconocimiento o despreocupación no sólo no ha conllevado, en la mayoría de los casos, una mejora técnica y sistemática de esos delitos, sino que ha contribuido a hacer aún más patentes los defectos técnicos y sistemáticos existentes hasta ese momento y ha ayudado a incurrir en otros semejantes a los existentes. De la misma manera, la reforma sugiere un cierto desconocimiento de principios constitucionales básicos aplicables al ámbito del Derecho Penal porque, en algunos casos muy concretos, la reforma ha soslayado, cuando no vulnerado abiertamente, algunos de esos principios a pesar de que dicha vulneración

¹ Representadas, fundamentalmente, por la reforma del art. 332 CP.

² Porque, como señala GIMBERNAT ORDEIG, «hace ya unos cuantos años que en los países democráticos —no sólo en España— los políticos descubrieron que en el Derecho Penal —más precisamente que en el *endurecimiento* del Derecho Penal— había una gran cantera de votos»; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Prólogo a la 9.ª edición del Código Penal*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 21.

³ Cuestión de la que ya me he ocupado con anterioridad en mayor extensión en otro trabajo. Así, vid. MUÑOZ LORENTE, J., «Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 6, 2001, pp. 106 y ss.

ya había sido puesta de relieve por la doctrina y la jurisprudencia más autorizadas.

Descendiendo a un ámbito más concreto, la reforma ha afectado, por un lado, a la rúbrica del Capítulo IV del Título XVI del CP —antes denominada «delitos relativos a la protección de la flora y fauna»— y, por otra, a los arts. 332, 333, 334, 335, 336 y 337; es decir, **la reforma ha afectado, tanto a la rúbrica del Capítulo, como a todos los preceptos relativos a la flora y fauna**. En conclusión, una reforma significativa e importante. Examinemos, pues, las modificaciones operadas por la Ley Orgánica 15/2003 a fin de comprobar la certeza de las críticas que, de manera general, he realizado en relación con la reforma.

2. La desvirtuación del bien jurídico protegido

Como se ha señalado con anterioridad, la primera de las modificaciones operadas por la Ley Orgánica 15/2003 afecta a la denominación del Capítulo en que se encuentran ubicados los que, hasta ese momento, se denominaban como «delitos relativos a la protección de la flora y fauna». Con la reforma, dicha rúbrica se ve acrecentada con la referencia a *los animales domésticos*. Tal modificación venía obligada por la introducción, como veremos, de un delito de nuevo cuño en el art. 337 y relativo al *maltrato de animales domésticos*. En consecuencia, la denominación del Capítulo ahora ha pasado a ser la de «delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos».

Como se ha señalado, la modificación de la rúbrica viene obligada por la introducción de un nuevo tipo delictivo en el art. 337. Lo primero que debemos cuestionar no es el precepto en sí mismo —sobre el que tendremos ocasión de detenernos posteriormente—, sino la ubicación sistemática del nuevo delito de maltrato de animales domésticos. A mi modo de entender, se trata de un precepto que nada tiene en común con el resto de los delitos previstos en el Capítulo IV y, tampoco, con el resto de los delitos previstos en el Título XVI del Libro II del Código Penal⁴. En otros términos, **el nuevo art. 337 o, si se quiere, el delito de maltrato de animales domésticos nada tiene**

⁴ Cuya rúbrica es «de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente». En parecidos términos, señalando cómo resulta difícil de explicar, desde el punto de vista de su ubicación, el bien jurídico protegido por el art. 337, vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 15.^a ed., Valencia, 2004, p. 594. De la misma manera señalando cómo no es posible reconducir el bien jurídico protegido por el art. 337 al protegido por el resto de

que ver con el bien jurídico que se protege en todos esos preceptos: el medio ambiente, ya entendido en un sentido amplio —como lo hace el Título XVI del CP⁵— ya entendido en un sentido más estricto o restringido y centrado únicamente en la protección de los ecosistemas y de la flora y fauna silvestre⁶. Lo único que tiene en común el nuevo art. 337 con algunos de esos preceptos es que el objeto material sobre el que recae la acción delictiva es un animal —como también lo es en los arts. 334, 335 y 336— pero, nótese que la perspectiva es totalmente distinta en un caso y en los otros.

En efecto, en unos casos se protege a los animales —silvestres— en virtud del hecho de que su caza o su pesca puede repercutir en el

los delitos del Capítulo y considerando que su ubicación sistemática es inadecuada, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en VIVES/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 2004, pp. 755 y 764; también, en el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2.ª ed., Valencia, 2005, p. 834. De la misma manera, señalando cómo la ubicación del maltrato de animales domésticos en el art. 337 carece de lógica y coherencia por implicar un bien protegido distinto al medioambiental propiamente dicho, vid. las *Conclusiones del III Seminario de Fiscales de Medioambiente* celebrado en Valsain (Segovia) los días 24 y 25 de septiembre de 2004; las conclusiones completas están disponibles en la página web del Ministerio de Medio Ambiente en la siguiente dirección: www.mma.es/educ/ceneam/10documentos/otros/fiscalias3.htm. Por su parte, no mostrando ningún tipo de extrañeza por la inclusión del art. 337 en el Capítulo IV del Título XVI al entender que los animales domésticos forman parte del medio ambiente, vid. SERRANO TÁRRAGA, M.ª D., «El maltrato de animales en el Código Penal», *La Ley*, núm. 6274 de 14 de junio de 2005, p. 3.

⁵ Esto es, como comprensivo del urbanismo, del patrimonio histórico y de los recursos naturales y bióticos.

⁶ Sobre las distintas concepciones amplias o restringidas del bien jurídico medio ambiente que, por lo que al Derecho Penal se refiere, en ningún caso incluye a los animales domésticos, entre otros, y sin ánimo exhaustivo, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», en TERRADILLOS BASOCO, J. (Edit.), *El delito ecológico*, Madrid, 1992, pp. 46-47; CUESTA AGUADO, P.M., «Algunas consideraciones acerca de la necesidad de protección del medio ambiente como bien jurídico», *Anales de la Universidad de Cádiz*, núm. XI, 1996, pp. 275 y ss.; LÓPEZ RAMÓN, F., «El Derecho ambiental como Derecho de la función pública de protección de los recursos naturales», en VALLE MUÑOZ, J. M. (Coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*, Pamplona, 1997, pp. 105 y ss.; MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, Barcelona, 1996, pp. 46 y ss.; ORTEGA MARTÍN, E. «Los delitos contra la flora y la fauna», en AA.VV., *Derecho Penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*, Granada, 1997, pp. 396 y ss; POLAINO NAVARRETE, M., «Aspectos político-criminales de los delitos contra el medio ambiente», en *Estudios Penales y Jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, 1996, pp. 626-627, quien recoge la delimitación restrictiva —en el sentido aquí propuesto— que respecto al bien jurídico medio ambiente como objeto de protección penal se realizó en el XV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal —celebrado en Río de Janeiro en 1994— que se encuentra atento exclusivamente a factores medioambientales de carácter natural.

equilibrio ecológico de un ecosistema y, en definitiva, en el medio ambiente y en su disfrute por las actuales y futuras generaciones; y, en el otro caso, esto es en el art. 337, lo que se protege *podría ser* la vida o la integridad física⁷ de los animales domésticos objeto de maltrato, el interés moral de la sociedad por los animales, los sentimientos de compasión y piedad hacia los animales o las «obligaciones bioéticas» del hombre hacia los animales; y digo que *podrían ser esos los bienes jurídicos protegidos por el delito de maltrato de animales domésticos* porque, lo cierto, es que no existe una clara unanimidad sobre cual sea el bien jurídico protegido por este delito⁸; no obstante, *sí existe unanimidad en decir que el bien jurídico protegido no es el medio ambiente dado que los animales domésticos no forman parte de éste*⁹. Por eso, y ya desde este momento, **se debe proponer la exclusión del delito de maltrato de animales domésticos del art. 337 dado que desvirtúa el bien jurídico protegido, no sólo en el Capítulo en que se encuentra contenido, sino también en el Título.** La cuestión que surge a renglón seguido es, naturalmente, dónde ubicarlo.

⁷ Nunca la psíquica puesto que el precepto alude únicamente a la integridad física al exigir «un grave menoscabo físico».

⁸ Sobre las distintas concepciones en relación con el bien jurídico protegido por el delito de maltrato de animales, que en el texto no han sido más que enunciadas, aunque negando expresamente que pueda ser el medio ambiente, en mayor extensión vid. GUZMÁN DALBORA, J. L., «El delito de maltrato de animales», en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 1324 y ss. Por su parte, poniendo de relieve la inexistencia de un bien jurídico-penal en el delito y añadiendo que «estamos en presencia de un delito formal: *peccatum quia prohibitum*», vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La reincidencia en la falta de robo y en las apropiaciones indebidas, el acceso ilícito a servicios de telecomunicaciones y el maltrato de animales domésticos: tres ejemplos de nuevos delitos contra el patrimonio», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Madrid/Buenos Aires, 2006, pp. 306 y 308.

⁹ Así, además de la referencia recogida en la nota anterior, vid. HIGUERA GUIMERA, J. F., *La protección penal de los animales en España*, Madrid, 1994, pp. 37 y 64 quien también niega que el bien jurídico protegido pueda ser el medio ambiente. También, del mismo autor y en idéntico sentido, vid. HIGUERA GUIMERA, J. F., «Los malos tratos crueles a los animales en el Código Penal de 1995», *Actualidad Penal*, núm. 17, 1998, p. 344. También, al respecto, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, Madrid, 2004, pp. 1468-1469, negando que el bien jurídico pueda encontrar alguna clase de entronque con el medio ambiente; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La reincidencia en la falta de robo y en las apropiaciones indebidas, el acceso ilícito a servicios de telecomunicaciones y el maltrato de animales domésticos: tres ejemplos de nuevos delitos contra el patrimonio», *op. cit.*, p. 307. No obstante, de manera contraria y considerando que la inclusión del maltrato de animales domésticos en el art. 337 ha supuesto un cambio en la orientación de la concepción del medio ambiente por parte de nuestros legisladores que ahora incluirían en el concepto de medio ambiente a los animales domésticos, vid. SERRANO TÁRRAGA, M.^a D., «El maltrato de animales en el Código Penal», *op. cit.*, p. 3.

La respuesta es difícil y resulta arduo encontrar tipos penales de similar naturaleza a la del 337¹⁰; desde luego, como se ha dicho, los delitos relativos a la flora y la fauna no lo son porque, mientras éstos tienen en su punto de mira a los animales no domésticos o silvestres y al medio ambiente como elementos de éste, el delito de maltrato de animales tiene en su punto de mira a los animales domésticos, cuya muerte o maltrato en nada repercute sobre el medio ambiente¹¹. Sin embargo, y ante la dificultad de encontrar acomodo para el delito de maltrato de animales entre otros preceptos del Código, no sería descabellado proponer la creación de un Título específico dentro del Libro II CP para la introducción de ese nuevo tipo delictivo. A este respecto, habría que decir que ya existen precedentes similares de Títulos dentro del Libro II del Código que tan solo contienen un tipo delictivo como, por ejemplo, el Título XV bis¹² o el antiguo Título XIX bis¹³. En consecuencia, perfectamente se podría crear un Título XVI bis, tras los delitos relativos a la flora y fauna, en el que se tipificase única y exclusivamente el delito de maltrato de animales domésticos. De esa forma, reitero, se evitaría desvirtuar el bien jurídico protegido en los delitos relativos a la flora y fauna y el bien jurídico protegido en el resto de los delitos contenidos en Título XVI del Libro II del CP: el medio ambiente en sus distintas facetas al que, en modo alguno, pertenecen los animales domésticos.

¹⁰ En el mismo sentido, señalando cómo el emplazamiento en cualquier otro lugar del CP sería inadecuado porque el bien jurídico de este delito no encuentra correlato con ninguna infracción delictiva del Libro II, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en VIVES/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal. Parte especial*, *op. cit.*, p. 764.

¹¹ Como señala GUZMÁN DALBORA «parece en verdad forzado admitir que el maltrato de uno doméstico perjudique las condiciones del entorno, salvo que dejemos correr libremente nuestra fantasía y atribuyamos a gatos, perros o canarios una función ecológica»; GUZMÁN DALBORA, J. L., «El delito de maltrato de animales», *op. cit.*, p. 1335. Sí parece atribuir a los animales domésticos esa función ecológica SERRANO TÁRRAGA, M.^a D., «El maltrato de animales en el Código Penal», *op. cit.*, p. 3, quien sostiene que los animales domésticos forman parte del medio ambiente.

¹² Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

¹³ «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales»; Título que, por cierto, ha sido eliminado del CP por la Ley Orgánica 15/2003 y su contenido incluido en un nuevo Capítulo X del Título XIX cuya rúbrica es «de los delitos contra la Administración pública», produciendo, en mi opinión, la misma confusión de bienes jurídicos que se produce ahora con la introducción del art. 337 en los delitos relativos al medio ambiente.

3. La plausible reforma del art. 332: luces y sombras

3.1. La plausible reforma del precepto

Otra de las modificaciones que se introducen en los delitos relativos a la flora y la fauna se encuentra representada por la reforma del art. 332. Una reforma de todo punto necesaria y que, de todas las que afectan a los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, en mi opinión, es la única que resulta plausible, aunque sólo parcialmente.

En este caso, la reforma ha consistido, por una parte, en rebajar el límite mínimo de la pena de prisión aplicable; reforma injustificada en el sentido de no justificada porque, si se analizan los debates parlamentarios relativos al precepto se podrá observar cómo, en ningún momento, se justifica el por qué de dicha rebaja de pena. Si el límite mínimo, antes de la Ley Orgánica 15/2003, estaba establecido en 6 meses, con la reforma se ha rebajado a 4 meses, quedando el límite máximo de la pena en 2 años como estaba establecido antes de la reforma. La pena de multa, alternativa a esa de prisión, no se ha visto modificada.

Pero, por otra parte, la reforma ha consistido, y esto es lo más significativo y plausible de la misma, en introducir en la redacción del precepto una frase mediante la cual se exige que la conducta descrita en el tipo —cortar, talar, quemar, arrancar, etc... especies de flora amenazada— se realice «con grave perjuicio para el medio ambiente». Sin duda, la introducción de esa exigencia tiene como finalidad evitar que sean sancionables conforme a ese precepto conductas que, formalmente, entrarían en el tipo pero que, materialmente, no suponen un grave atentado al medio ambiente¹⁴. Y, en este sentido, estoy pensando en casos concretos que saltaron a los medios de comunicación y que levantaron una enorme polémica por tratarse de supuestos que formalmente cabía inscribir en el tipo pero que, materialmente, no suponían un grave atentado al medio ambiente. Ejemplo de ello es la petición de un Fiscal de Granada, en virtud de lo establecido en el art. 332 antes de la reforma, de **2 años y tres meses de prisión a un pastor por cortar 190 gramos de manzanilla** de una subespecie de dicha planta que, por casualidad, se encontraba

¹⁴ En el mismo sentido, señalando cómo la introducción de esa frase dota de mayor contenido material al delito, vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 15.^a ed., *op. cit.*, p. 596. Por su parte, señalando cómo la introducción de esa frase hará excepcionales los supuestos de sanción penal conforme al precepto, vid. CORDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1438.

administrativamente catalogada como subespecie en peligro de extinción¹⁵. Salvo error u omisión por mi parte, ese hecho nunca llegó a ser condenado; posiblemente por la existencia de un error de tipo al desconocer el sujeto la catalogación administrativa de dicha planta. No obstante, sí existen otras condenas en aplicación de dicho precepto, como, por ejemplo, las que se llevaron a cabo en las SSAP de Jaén, núm. 178/2000, Sección 2.^a, de 28 de octubre¹⁶ y la núm. 168/1998, Sección 1.^a, de 22 de diciembre¹⁷; o la SAP de Teruel, núm. 10/2001, de 6 de marzo, en la que, curiosamente, se condenó a un agricultor por arar una parcela en la que existían ejemplares de «*puccinellia pungens*», especie catalogada en peligro de extinción¹⁸. En el mismo sentido, recientemente, y según informaciones periodísticas¹⁹, ha sido *condenado a ocho meses de prisión, y está cumpliendo condena*, un pastor de Cádiz porque las ovejas de su rebaño se comieron ejemplares de algarrobos que está considerado, según esas mismas informaciones, como especie protegida.

Es evidente que con la introducción en el art. 332 de la exigencia de causar un «grave perjuicio al medio ambiente», algunas de esas conductas quedarían fuera del tipo, aunque, a renglón seguido, surge el problema de determinar lo que ha de considerarse como «grave perjuicio» y lo que no puede considerarse como tal, cuestión que, sin duda alguna, queda al arbitrio del juzgador. No obstante, hay que precisar que por el mero hecho de considerar que no se causa un grave perjuicio al medio ambiente, y al contrario de lo que pudiera parecer, no nos encontramos, automáticamente, ante un hecho penalmente atípico o sólo sancionable a través de la vía de las infracciones administrativas, sino que seguimos encontrándonos ante una infracción penal. En efecto, la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 no sólo ha supuesto la introducción de esa exigencia de causación de un «grave perjuicio» en la redacción típica del art. 332, sino

¹⁵ Fuente: Diario El País de 25 de noviembre de 1999. La exigencia de esa pena se debe a que la conducta se llevó a cabo en un Parque Nacional y el art. 338 CP prevé que la pena se ha de imponer en su mitad superior cuando la conducta se lleve a cabo en algún espacio natural protegido.

¹⁶ Por la que se condena a un pastor por introducir su rebaño en una zona reservada produciéndose la pérdida de especies vegetales amenazadas y en peligro de extinción debido a que fueron ingeridas por el rebaño.

¹⁷ Por la que también se condena a un pastor por permitir que su rebaño ingiriese plantas catalogadas en peligro de extinción.

¹⁸ Por contraposición, la Audiencia Provincial de Albacete, absolvió al acusado en un caso muy parecido por desconocer que en la zona donde ordenó efectuar las labores de labranza hubiera algún tipo de planta catalogada como amenazada; SAP Albacete, Sección 1.^a, núm. 3/2003, de 18 de enero.

¹⁹ Así, vid. diario El País, de 7 de marzo de 2005, edición de Andalucía.

que paralelamente, también ha conllevado que la extensa conducta que antes se encontraba tipificada en el art. 332, ahora haya pasado a convertirse en una falta subsidiaria del delito; falta ubicada por la reforma en el art. 632.1 en la que expresamente se especifica que la conducta ha de llevarse a cabo «sin grave perjuicio para el medio ambiente». De esta manera, el simple hecho de cortar una flor perteneciente a una especie catalogada como amenazada o en peligro de extinción, o el hecho de cortar 190 gramos de manzanilla de una subespecie catalogada en peligro de extinción, sigue considerándose una infracción penal y no administrativa. Quizás hubiese sido conveniente que este último tipo de conductas quedasen diferidas al ámbito sancionador administrativo en virtud del principio de proporcionalidad constitucional o de subsidiariedad y última *ratio* del Derecho Penal y también, especialmente, en atención a que las sanciones administrativas resultan más gravosas desde un punto de vista económico que las que pueden imponerse conforme al art. 632.1²⁰.

3.2. *Lo que pudo haber sido y no fue: una oportunidad perdida para diferenciar entre las distintas categorías de especies amenazadas*

Lo más criticable de la reforma del art. 332 no es lo que ha hecho —que a mi juicio, como se ha señalado, resulta plausible, excepción hecha de la tipificación de la falta y de la injustificada reducción de la pena—, sino, precisamente, *lo que no se ha hecho*. Y, en este sentido, me refiero a que *se ha perdido la ocasión para especificar cuáles de las especies catalogadas administrativamente como amenazadas son las que pueden dar lugar a la aplicación del precepto*. Bien entendido que, con estas afirmaciones, no se pretende que en el tipo penal se introduzca la referencia concreta y pormenorizada de todas y cada una de las especies y subespecies de flora que podrían dar lugar a su aplicación; es decir, no pretendo que en el tipo se introduzca un catálogo pormenorizado de las especies y subespecies de flora que se consideran amenazadas. Por el contrario, con esas afirmaciones pretendo decir que se debería haber concretado más el concepto de especies amenazadas y, específicamente, excluir de la aplicación del tipo al-

²⁰ Por el contrario, considerando que no debe ser así, esto es, que esas conductas constitutivas de falta no pueden quedar diferidas al ámbito sancionador administrativo, vid. GUTIERREZ ROMERO, F. M., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna en el nuevo Código Penal: análisis de los nuevos tipos delictivos», *La Ley*, 7 de marzo de 2005, pp. 1-2.

gunas de ellas; concretamente las «especies de interés especial», cuya incidencia sobre el medio ambiente es exigua o, si se quiere, su tala, corte, quema, etc... no supone, en principio, un peligro para el medio ambiente. *El hecho de que nos encontremos ante una especie catalogada como amenazada no supone, automáticamente, que peligre su supervivencia y que, en consecuencia, el hecho de que la talemos o cortemos ponga en peligro el medio ambiente o el ecosistema.*

En efecto, el art. 332 es una ley penal en blanco y el concepto de especies amenazadas es un concepto proveniente del Derecho Administrativo al que es necesario recurrir para integrar totalmente la conducta típica. Pero lo más significativo es que el concepto administrativo de especies amenazadas *no es sinónimo, al contrario de lo que pudiera parecer por esa denominación —amenazadas—, del de especies en peligro de extinción o especies cuya supervivencia esté realmente amenazada o en evidente peligro.* Es más, la inclusión de una especie en el catálogo nacional o autonómico de especies amenazadas no supone, *per se*, que la extinción de esa especie está muy cercana o que queden pocos ejemplares de la misma en una región o en el conjunto del país. Para ello basta simplemente con acudir a los arts. 20 y 30 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de Flora y Fauna Silvestres en la que se encuentra recogido **el concepto de «especies amenazadas» que se divide en cuatro categorías:** «especies en peligro de extinción»²¹, «especies sensibles a la alteración de su hábitat»²², «especies vulnerables»²³ y, por último, **«especies de interés especial»** que son aquellas que «sin estar contempladas en ninguna de las precedentes, sean merecedoras de una atención particular **en función de su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad**». La concreción de las especies que pasan a integrarse en cada una de esas categorías se realiza en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas²⁴ y en los catálogos autonómicos de especies amenazadas que han de respetar la catalogación de acuerdo con alguna de esas cuatro categorías e incluir en ellos algunas especies adicionales a las establecidas en el Catálogo Nacional, nunca excluir especies del catálogo nacional; en este sentido, se podría decir que el Catálogo Nacional es una norma de mínimos.

²¹ «Aquellas cuya supervivencia es poco probable».

²² «Aquellas cuyo hábitat característico está particularmente amenazado, en grave regresión, fraccionado o muy limitado».

²³ «Aquellas que corren el riesgo de pasar a las categorías anteriores».

²⁴ Instrumentado mediante el Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo, y sus sucesivas modificaciones de inclusión o exclusión de especies que se llevan a cabo mediante Orden Ministerial.

Sin ningún género de dudas, la lesión de las especies catalogadas en alguna de las tres primeras categorías —en peligro de extinción, sensibles a la alteración de su hábitat y vulnerables— conlleva una puesta en peligro del medio ambiente, siquiera abstracta. Pero no ocurre lo mismo con la última de las categorías administrativas a las que me he referido: la de «especies de interés especial». Respecto a estas, **la catalogación como especies amenazadas no obedece a ninguna razón o situación de riesgo para las mismas** —y, por tanto, tampoco para el medio ambiente—, sino que su catalogación responde, lisa y llanamente, como se dice en la norma, a «razones, científicas, ecológicas, culturales o por su singularidad», pero no porque su lesión suponga un peligro para el medio ambiente o, *al menos un peligro al que deba hacer frente el Derecho Penal*. En consecuencia, *el principio de ofensividad obliga a excluirlas del ámbito típico del art. 332 y, también, del de la falta de art. 632.1 porque su lesión no supone una puesta en peligro relevante del bien jurídico medio ambiente*. Si se quiere, en definitiva, lo que ocurre es que **el concepto administrativo de especies amenazadas no puede coincidir con el concepto penal de especies amenazadas**. Y, precisamente, esta es la interpretación que ya ha mantenido nuestro Tribunal Supremo, y que han seguido otros Tribunales inferiores²⁵, en la STS de 19 de mayo de 1999: **la inclusión de una especie en el catálogo de especies amenazadas como «especie de interés especial» supone que no es posible la aplicación del tipo porque no existe una amenaza objetiva y material del bien jurídico medio ambiente**²⁶.

La reforma ha perdido la ocasión de aclarar todos esos extremos excluyendo expresamente de la aplicación del precepto las especies catalogadas como «de interés especial». Bien es cierto, que *con la introducción de la exigencia del «perjuicio grave para el medio ambiente», a mi modo de entender, claramente la lesión de esas especies de interés especial puede ser excluida de la tipicidad* porque el corte, la tala, etc...

²⁵ Excepción hecha de la AP de Sevilla que, en sentencia de 14 de julio de 2003, sigue estimando que las cuatro categorías de especies amenazadas pueden servir para integrar la conducta delictiva indicando expresamente que «no cabe reducir arbitrariamente el alcance del término legal para hacerlo equivalente sólo a una o alguna de las cuatro categorías legales de especies amenazadas». Por el contrario, siguiendo el criterio establecido por el TS, vid., entre otras, SAP de Las Palmas, de 31 de marzo de 2001; SAP de Madrid, de 11 de abril de 2001; SAP de Teruel, de 23 de diciembre de 1999; SAP Vizcaya, de 4 de febrero de 2002; SSAP de Jaén, de 16 de mayo de 2000 y de 22 de febrero de 2000; SAP de Tarragona, de 31 de marzo de 2003.

²⁶ En mayor extensión sobre todas estas cuestiones, vid. MUÑOZ LORENTE, J., «Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y fauna. Interpretaciones para su adecuación constitucional», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIV, 2001, pp. 97 y ss.

de las mismas no supone un grave y claro perjuicio para el medio ambiente; aunque, no obstante, puede seguir habiendo Tribunales que consideren que por el mero hecho de lesionar una especie «de interés especial», o por el mero hecho de que esté incluida en algún catálogo —nacional o autonómico— de especies amenazadas, automáticamente, se causa un grave perjuicio al medio ambiente y, en consecuencia, sería deseable que el precepto las excluyera expresamente de su ámbito de aplicación.

3.3. La nula diferenciación penológica cuando se trata de especies en peligro de extinción

Por último, llama también la atención que la reforma no haya diferenciado la pena a imponer cuando la lesión afecta a especies catalogadas en peligro de extinción o, por el contrario, afecta a las otras categorías de especies amenazadas. Es algo que se venía planteando desde hace tiempo por la doctrina en virtud de la comparación entre el art. 332 y el art. 334. En este último se tipifica la caza o pesca de especies animales amenazadas y, curiosamente, en dicho precepto se agrava la pena cuando la especie está catalogada en peligro de extinción. Sin embargo, en el caso del art. 332 sigue permaneciendo la equiparación penológica, sea cual sea la especie de flora amenazada o, si se quiere, la pena es idéntica si se lesiona una especie de flora en peligro de extinción que si se lesiona cualquier otra incluida en la segunda o tercera categoría a que antes me referí respecto del concepto administrativo de especies amenazadas.

4. La reforma del art. 333. Una oportunidad perdida para la introducción de un tipo imprudente

Si continuamos con el análisis de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 15/2003, podemos comprobar cómo otro de los preceptos a que afecta es el art. 333 cuya conducta es la de introducción o liberación de especies de flora o fauna no autóctona que perjudique el equilibrio biológico. En este caso, la reforma se centra, única y exclusivamente, en la pena. Al igual que en el caso del art. 332, el límite mínimo de la pena de prisión se rebaja de manera injustificada en el sentido de no suficientemente justificada, porque si se analizan los debates parlamentarios es posible comprobar cómo no se ofrece ningún argumento ni justificación para ello. Como se decía, se rebaja el límite mínimo de la pena de prisión a 4 meses, cuando antes se en-

contraba en 6, permaneciendo sin variación el límite máximo de 2 años y, también, sin variación la pena de multa. No se introduce ninguna clase de reforma adicional a fin de que el tipo pueda ser aplicable y no sea, como hasta ahora, un mero tipo simbólico y sin posibilidad de aplicación práctica.

Naturalmente, es posible preguntarse qué sentido tienen las últimas afirmaciones que he realizado en relación con la nula operatividad práctica del precepto. La respuesta es sencilla: el tipo, tal y como se encuentra actualmente tipificado es muy difícil que se aplique. Hasta incluso se ha llegado a decir que la redacción dada al mismo lo convertía «en la mejor garantía de su inaplicación»²⁷. Las razones de la realización de esas afirmaciones son varias. La primera y principal, estriba en que se trata de un tipo doloso y el resultado de perjuicio del equilibrio ecológico también ha de serlo. En este sentido hay que señalar cómo, normalmente, nadie introduce o libera en nuestro país especies de flora o fauna no autóctona o alóctona con la finalidad — aunque sea eventual— de perjudicar el equilibrio ecológico²⁸; habitualmente, lo que ocurre es que se introducen o se liberan dolosamente esas especies pero el resultado, casi siempre, por no decir siempre, no es abarcado por el dolo del sujeto²⁹; esto es, en la mayoría

²⁷ Así, vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 11.ª ed., Valencia, 1996, p. 512; no obstante, este mismo autor, en ediciones posteriores, concretamente en la 15.ª, del año 2004, omite cualquier referencia a dicha cuestión; también, poniendo de relieve la escasa, por no decir nula, aplicación de la que va a ser objeto el precepto, vid. ROLDÁN BARBERO, H., «Los delitos contra la fauna silvestre en el nuevo Código Penal: la protección del lobo», *La Ley*, vol. I, 1998, p. 1667. Sobre la agitada vida parlamentaria de este precepto y la redacción en que derivó antes de su incorporación al originario CP de 1995, vid. HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», en TERRADILLOS BASOCO, J. (Edit.), *Derecho Penal del medio ambiente*, Madrid, 1997, p. 69.

²⁸ Recientemente, en nuestro país, se ha producido un hecho que podría incardinarse en el referido precepto, si bien, y a la espera de saber con más detalle cómo se desarrollaron los hechos y quienes fueron los autores, es imposible establecer si con la conducta abarcaron —siquiera eventualmente— el resultado exigido en el tipo. Concretamente, me estoy refiriendo, a un hecho que se ha producido en Galicia y que ha consistido en la liberación de alrededor de 6.500 visones de una granja por parte de varios desconocidos que hicieron un boquete en un muro y abrieron las jaulas en las que se encontraban los animales. Fuente: Diario El País, de 12 de abril de 2004. La principal cuestión que, a mi juicio, se plantea en este caso, aparte del descubrimiento de los autores, es si éstos abarcaron —siquiera eventualmente— el posible perjuicio para el medio ambiente que se podría dar con la realización de esa conducta.

²⁹ Como, por ejemplo, ocurrió en nuestro país con la peste equina producto de la introducción ilegal de unas cebras procedentes de África que padecían tal enfermedad; la introducción ilegal fue dolosa, pero con desconocimiento de la enfermedad que padecían y, en consecuencia, con desconocimiento de los resultados que podían causarse.

de los casos se trata de un resultado imprudente y la conducta imprudente no se encuentra tipificada, ni en el art. 333, ni en ningún otro precepto del CP; naturalmente, cuando la introducción o liberación no es dolosa, sino imprudente, la conducta tampoco resulta punible por mucho que se perjudique el equilibrio biológico³⁰. Por otra parte, el tipo exige que la introducción o liberación de esas especies se realice contraviniendo la normativa administrativa y no conviene olvidar que, precisamente, las grandes introducciones y/o liberaciones de especies no autóctonas de flora o de fauna que perjudican —y han perjudicado— el equilibrio ecológico, se llevan a cabo, o bien por las administraciones públicas con el fin de repoblar determinadas regiones, o bien por particulares pero con autorización de las administraciones públicas; pero es que cuando se llevan a cabo esas repoblaciones —con o sin autorización— lo cierto es que el resultado, a lo sumo, puede calificarse como imprudente en la medida en que los sujetos activos ni siquiera se plantean la posibilidad de perjuicio del equilibrio biológico³¹; y, si se lo plantean, como en esos momentos no existe forma de demostrar si realmente se va a perjudicar el equilibrio biológico, el resultado sigue sin estar abarcado por el dolo como podría ser el caso de la introducción de vegetales transgénicos que, por su mayor resistencia, quizás pueden acabar sustituyendo o «contaminando» a las plantas autóctonas, aunque, de momento no se encuentra claramente aceptado que realmente pueda ser así. Pero es que cuando el resultado no es imprudente, sino doloso, esto es, cuando se lleva a cabo la conducta de introducción o liberación pensando y sabiendo el posible perjuicio que pueden causar —por ejemplo, las repoblaciones con eucaliptus³²—, esas introducciones se encuentran amparadas por la normativa administrativa³³. En definitiva, si no se establece un tipo imprudente respecto al art. 333, este precepto nunca se aplicará porque es posible excluir la tipicidad dolosa por muy distintas vías. La Ley Orgánica 15/2003 no lo ha hecho y, por tanto, seguimos encontrándonos ante un tipo meramente simbólico.

³⁰ Como por ejemplo, la liberación imprudente ocurrida cuando los animales se escapan de su cautiverio, de lo que ya existen ejemplos en nuestro país. Así, y según informaciones periodísticas del Diario El Mundo, de 21 de agosto de 2000, varios visones escapados de una granja de Madrid estaban amenazando seriamente la fauna del río Manzanares.

³¹ Ejemplo de ello son las repoblaciones de nuestros ríos con cangrejos americanos que están diezmando, o ya han diezmando, el equilibrio ecológico de aquéllos al acabar con las especies autóctonas.

³² Que al modificar el ph del suelo pueden acabar afectando a otras plantas autóctonas.

³³ Al respecto, y en mayor extensión, vid. HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», *op. cit.*, p. 70.

5. Las sombras de la reforma del art. 334: caza o pesca de especies de fauna amenazada

5.1. *La rebaja de la pena. Especial referencia a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la caza o pesca*

La reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 también afecta al art. 334 del CP: caza o pesca de especies catalogadas como amenazadas. En este caso, sólo se reforma el número 1 del precepto, aunque, como se verá, esa reforma supone también una modificación indirecta del número 2 del art. 334 —caza o pesca de especies en peligro de extinción— dado que la pena de este último número se define en función de la del número primero. En efecto, la modificación que se introduce sólo afecta formalmente al primer número del precepto y consiste, como ocurre con los arts. precedentes que ya hemos examinado, en una rebaja —injustificada, en el sentido de que se hace sin ofrecer ningún tipo de justificación o motivo— del límite mínimo de la pena de prisión, que ahora pasa a ser de 4 meses, cuando antes estaba establecida en 6 meses; el límite máximo de la pena de prisión permanece invariable en 2 años. Lo mismo ocurre con la pena de multa que permanece inalterada con respecto a la situación anterior.

No obstante, se añade al precepto la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de 2 a 4 años. Esto, que podría parecer una modificación penológica sustancial al aumentar la clase de penas a imponer, no lo es tanto porque, en realidad, la pena de inhabilitación para la caza o pesca ya se encontraba prevista para este delito. En efecto, originariamente estaba contenida en el art. 337 del CP que era aplicable a todos los delitos contra la fauna. Dado que con la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 el art. 337 se ha utilizado para introducir *ex novo* el delito de maltrato de animales domésticos, se ha hecho necesario aludir expresamente en cada uno de los preceptos contra la fauna a la imposición de la pena de inhabilitación.

Sin embargo, no hay que perder de vista que, al operarse el traslado de la pena de inhabilitación especial del originario art. 337 al actual art. 334, también, y aprovechando la ocasión, se ha visto modificada su extensión **rebajándose la pena de inhabilitación para la caza o pesca sin ningún tipo de motivación**. En efecto, si antes la pena de inhabilitación tenía un límite mínimo de 3 años y un límite máximo de 8 años, con la reforma se rebaja tanto su límite mínimo, como su límite máximo, pasando la pena de inhabilitación especial a

ser de 2 a 4 años. Como se puede comprobar, una rebaja ciertamente significativa y elocuente —el límite máximo se rebaja a la mitad, esto es, de 8 a 4 años—; reforma que, como ya se ha señalado con anterioridad, no sólo afecta al art. 334.1, sino, también, indirectamente al art. 334.2 —aunque formalmente este último no se haya visto modificado—, en el que se tipifica la caza o pesca de especies en peligro de extinción, porque la pena en este último precepto se define en relación con la del número 1.

5.2. *Una oportunidad perdida para diferenciar entre las distintas categorías de especies amenazadas*

Precisamente, y al igual que ocurría respecto al art. 332, la reforma ha perdido la ocasión de excluir del ámbito típico del art. 334.1 las especies catalogadas como «de interés especial» que, como ya señalé y justifiqué al ocuparme del art. 332, deberían quedar extramuros de aquél y de este precepto porque resultan ser idénticos refiriéndose uno a la flora y el otro a la fauna. En consecuencia, me remito a lo ya señalado respecto al art. 332 —cfr. *supra* epígrafe III 2—, y a la jurisprudencia allí citada, que también sería totalmente aplicable al art. 334.1.

6. La reforma del art. 335: un despropósito jurídico

La modificación, si se me permite la expresión, más espectacular o significativa, se produce en el art. 335 CP: caza o pesca de especies prohibidas o cuya caza o pesca se encuentra prohibida. Un precepto que, en su originaria redacción, adolecía de una clara inconstitucionalidad por vulnerar los principios de legalidad y proporcionalidad constitucionales³⁴.

No obstante, la reforma no se ha dirigido a realizar mejoras técnicas de cara a evitar aquella clara inconstitucionalidad, sino, si se me permite la expresión, a hacerla aún más patente, no sólo mediante la conservación del precepto originario —aunque con alguna

³⁴ Al respecto, y en mayor extensión, vid. MUÑOZ LORENTE, J., «Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y la fauna», *op. cit.*, *passim*. También, vid. STS de 8 de febrero de 2000 y comentario a la misma de MUÑOZ LORENTE, J. en «De nuevo sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 335 del Código Penal: vulneración del principio de legalidad penal. Su interpretación restrictiva», *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, núm. 17, mayo de 2000, pp. 58 y ss.

leve modificación—, sino, también, mediante la introducción de nuevos tipos penales que, además de ser claramente inconstitucionales, no se encuentran dirigidos a la protección del medio ambiente sino, en el mejor de los casos, a la protección de intereses económicos particulares.

La reforma que salta a la vista en primer lugar es que el art. 335 pasa a contener cuatro números distintos en los que, naturalmente, se establecen conductas delictivas distintas cuando, originariamente, una sola era la conducta establecida en el mismo.

Si los analizamos por orden, en el art. 335.1 podríamos decir que se contiene el tipo que antes se contenía en el originario art. 335, aunque con alguna modificación técnica bienintencionada que, sin embargo, en lo sustancial, no remedia los problemas de inconstitucionalidad que planteaba el precepto³⁵. También se reforma la pena y, en este sentido, se aumenta la pena de multa —al contrario de lo que, como hemos visto, ocurre con el resto de los delitos *cuando estos últimos resultan ser de mayor gravedad que el contenido en el art. 335.1*— : si antes la pena era una multa de 4 a 8 meses, ahora pasa a ser de 8 a 12 meses; esto es, se eleva un grado la pena de multa. De la misma forma, también se introduce la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la caza o pesca dado que, como se ha indicado con anterioridad, esta pena se contenía en el art. 337 y éste ha sido utilizado para tipificar el nuevo delito de maltrato de animales domésticos. Pero, como en el caso del art. 334, *se ha aprovechado la ocasión para rebajar sustancialmente la pena de inhabilitación en relación con la que se encontraba establecida en el art. 337*. En efecto, si antes la pena de inhabilitación prevista era de 3 a 8 años, al introducirla en el art. 335.1 se rebaja y se establece una duración de 2 a 5 años; como en los casos anteriores, no se ofrece ningún motivo para tal rebaja. Pero, me gustaría llamar la atención sobre un hecho que resulta ciertamente significativo y abiertamente contradictorio; éste es que, aunque se rebaje la pena de inhabilitación con respecto a la prevista en el originario art. 337, resulta curioso que **la pena de inhabilitación ahora prevista en el art. 335.1 sea superior a la prevista en los arts. 334.1 y 2 —de 2 a 4 años—, cuando, precisamente, la conducta de los arts. 334.1 y 2 es más grave** —por consistir en la caza de especies amenazadas y en peligro de extinción— que la conducta del 335.1 que sólo consiste en la caza de especies prohibidas pero no catalogadas como amenazadas. En otros términos, **el art. 335.1 permite imponer una pena de inhabilitación superior a la que per-**

³⁵ En parecidos términos, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1456.

mite imponer el art. 334.2 para la caza de especies en peligro de extinción; un absoluto contrasentido.

Centrándonos en la redacción del art. 335.1, como se ha señalado, con la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 se introducen algunas mejoras técnicas bienintencionadas que, en cualquier caso, no contribuyen a evitar los vicios de inconstitucionalidad de que adolecía antes de su reforma. La redacción originaria del art. 335 se refería a la caza o pesca de especies no catalogadas como amenazadas pero cuya caza o pesca no estuviese «expresamente autorizada por las normas específicas en la materia». Esa redacción, manteniendo que ha de tratarse de especies no amenazadas, se sustituye ahora por la de cazar o pescar especies «cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca». Curiosamente, ese cambio en la redacción del precepto se llevó a cabo *in extremis* finalizando la tramitación parlamentaria de la Ley en el debate del Pleno del Senado y mediante una enmienda transaccional firmada por todos los Grupos parlamentarios³⁶; esto es, no se trataba de una modificación que estuviese pensada desde el inicio de los trámites legislativos o que apareciese recogida en el Proyecto de Ley presentado por el entonces Gobierno.

El originario art. 335 —al igual que el nuevo 335.1— no era más que una mera infracción administrativa elevada a la categoría de delito puesto que tenía su origen en la prohibición genérica de cazar o pescar cualquier especie de fauna; prohibición que se encontraba —y que se encuentra— contenida en los arts. 26.4 y 33.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres. En estos preceptos se parte de la base de que *en nuestro país existe una prohibición general de cazar o pescar cualquier especie de fauna y que sólo se pueden cazar o pescar aquellas cuya captura esté expresamente autorizada*. Como he señalado, el originario art. 335 no era más que una concreción de esa prohibición administrativa general y de sus excepciones. Naturalmente, la técnica legislativa empleada, como se podrá comprender no era la más adecuada para un Ordenamiento democrático porque, nótese, que lo que hacía el tipo era prohibir la caza o la pesca de concretas especies cuya caza no se encontraba expresamente prohibida³⁷ pero, tampoco, expresamente permitida. Es decir, se hacía una remisión por omisión o, si me permite la expresión, el tipo venía a establecer que «se prohibía cazar todo aque-

³⁶ Vid. Diario de Sesiones del Senado, Pleno, núm. 158, de 31 de octubre de 2003.

³⁷ Sino que esa prohibición era la genérica contenida en los arts. 26.4 y 33.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres.

llo que el ordenamiento administrativo no hubiese autorizado expresamente a cazar» o, si se quiere, *se prohibía no sólo hacer todo aquello que estuviese expresamente prohibido sino, además, todo aquello que no estuviese expresamente permitido o autorizado por el Ordenamiento administrativo*. En definitiva, una técnica legislativa impropia de un Estado democrático y más propia de los Estados totalitarios.

El originario art. 335 recogía el irónicamente denominado por la doctrina como delito «matamoscas» o «matacucarachas» porque perfectamente permitía incriminar la conducta de matar una mosca o una cucaracha dado que las normas administrativas no autorizaban expresamente la caza de esos animales; como tampoco autorizaban la caza, por ejemplo, de gorriones y existen sentencias condenatorias por la caza de estas últimas aves³⁸ aunque esa caza tuviese una nula incidencia sobre el medio ambiente. La inexistencia de autorización normativa expresa para la caza de esos animales no necesariamente estaba relacionada de modo directo con la protección del medio ambiente, sino que *la inexistencia de autorización se debía al nulo interés cinegético que poseían esas especies*; o dicho en otros términos, la normativa administrativa se ocupaba de autorizar la caza o pesca de especies con interés cinegético —conejo, perdiz, jabalí, etc...— y se olvidaba de autorizar la caza de otros animales que —como las moscas o los gorriones— carecían de interés cinegético.

Con la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, y que ha dado lugar al art. 335.1, hay que reconocer cómo la técnica legislativa empleada pasa a ser más acorde con la de los Estados democráticos al prohibirse la caza o pesca de especies que ya se encuentra expresamente prohibida en el Ordenamiento administrativo; también, con esa nueva redacción hay que reconocer que se evita el problema de incardinación en el precepto de la caza de moscas o de gorriones porque, si bien esta conducta no está expresamente autorizada, tampoco está expresamente prohibida. Pero la reforma sigue sin solventar el problema más importante que presentaba el art. 335 —y que también ahora presenta el 335.1—: el de su inconstitucionalidad por vulnerar el principio de legalidad en su faceta de reserva de ley.

En efecto, la inconstitucionalidad del originario art. 335 derivaba de que se dejaba en manos del Poder Ejecutivo, y más concretamen-

³⁸ Así, por ejemplo, vid. SAP de Almería, de 3 de junio de 1998 y comentario a la misma de MUÑOZ LORENTE, J., «La caza de gorriones y su incardinación dentro del Código Penal. El nulo respeto por el principio de intervención mínima en la aplicación de los tipos penales. La urgencia de una declaración de inconstitucionalidad», *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, núm. 18, junio de 2000, pp. 57 y ss.

te, del Poder Ejecutivo de las Comunidades Autónomas³⁹ la determinación de las conductas penalmente prohibidas y, en definitiva, con ello se vulneraba el principio de reserva de ley en materia penal. En otros términos, lo que no autorizasen las Comunidades Autónomas, automáticamente entraba en el ámbito de prohibición del art. 335; y lo que autorizasen las Comunidades Autónomas, automáticamente, dejaba de constituir un delito del art. 335⁴⁰. En definitiva, en el mejor de los casos, eran los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas⁴¹ quienes estaban estableciendo la conducta punible y no el Parlamento estatal en virtud del principio de reserva de ley en materia penal.

Pero, no nos engañemos, con la nueva redacción dada al art. 335.1 sigue planteándose el mismo problema de inconstitucionalidad por vulneración del principio de reserva de ley: sigue siendo el Poder Ejecutivo de las Comunidades Autónomas el que establece qué conductas son punibles conforme al art. 335.1 y qué conductas no lo son⁴². Basta con que la Comunidad Autónoma prohíba la caza o pesca de una especie para que aquélla se convierta automáticamente en delito; o basta con que la Comunidad Autónoma levante la prohibición de caza o pesca de esa especie para que la conducta deje de ser delictiva. En definitiva, el art. 335.1, como ley penal en blanco que es, sigue sin contener lo que el Tribunal Constitucional denomina «núcleo esencial de la prohibición»⁴³; precisamente, el núcleo esencial de la prohibición es el que evita dejar la determinación de la conducta

³⁹ Porque éstas *ope Constitutione*, y por declaración expresa del Tribunal Constitucional, tienen competencia exclusiva para determinar las especies que se pueden y no se pueden cazar o pescar dentro de su respectivo ámbito territorial. Vid. STC 102/1995, de 26 de junio.

⁴⁰ En mayor extensión sobre esta cuestión, vid. MUÑOZ LORENTE, J., «Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y la fauna», *op. cit.*, pp. 121 y ss.

⁴¹ Puesto que esas autorizaciones de cazar o pescar o esas prohibiciones se llevaban, y se llevan, a cabo, en el mejor de los casos, a través de Decretos, cuando no a través de las meras Órdenes anuales de veda dictadas por el correspondiente Consejero autonómico.

⁴² En parecidos términos señalando cómo el art. 335.1 sigue estando redactado de un modo totalmente formalista y que se contenta con la mera concordancia entre la conducta del sujeto y la infracción administrativa, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en VIVES/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal. Parte especial*, *op. cit.*, p. 761; también, del mismo autor y en el mismo sentido, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2.ª ed., *op. cit.*, p. 840.

⁴³ En mayor extensión al respecto MUÑOZ LORENTE, J., «Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y la fauna», *op. cit.*, pp. 121 y ss.

punible al albur o discrecionalidad de lo que determine el Poder Ejecutivo. Para salvar la inconstitucionalidad de que adolece el precepto bastaría con la incorporación a la descripción típica de términos como «de manera descontrolada» o, como se hace en otros preceptos del mismo Capítulo, «de modo que perjudique el equilibrio biológico» (art. 333) o que la conducta tenga «eficacia destructiva para la fauna» (art. 336) **o, como ha hecho la propia Ley Orgánica 15/2003 en el caso del art. 332, exigir un «grave perjuicio para el medio ambiente»**; con la introducción de alguna de esas meras referencias, el tipo pasaría a contener un núcleo «esencial de la prohibición» y dejaría de ser inconstitucional. En conclusión, las pretendidas reformas técnicas y sistemáticas que pretendía introducir la Ley Orgánica 15/2003, respecto al art. 335, brillan por su ausencia en aspectos que, como este, resultaban totalmente necesarios.

Aunque el cambio de redacción no haya supuesto ningún cambio en cuanto a la inconstitucionalidad del precepto hay que significar que sí ha supuesto una notable modificación en cuanto a la extensión de la conducta delictiva. En efecto, con la nueva redacción del precepto se incorporan al mismo conductas que, con anterioridad, no se consideraban típicas. Así, por ejemplo, la caza o pesca en época de veda cuya exclusión del art. 335 venía avalada jurisprudencialmente al considerar que la caza o pesca del animal estaba generalmente permitida, aunque vedada en determinados períodos temporales que no suponían una anulación de aquella genérica permisión y que sólo podían dar lugar a la aplicación de una infracción administrativa⁴⁴. Con la reforma, y puesto que el tipo se refiere a la caza o pesca «cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca», la caza o pesca en época de veda entra de lleno en el tipo⁴⁵ puesto que las órdenes de caza y veda anuales son las que establecen, no ya la

⁴⁴ Así, por ejemplo, vid. STS de 8 de febrero de 2000 en la que expresamente se declara que el art. 335 «sanciona la caza o pesca de especies no autorizadas, pero no la caza de especies autorizadas en lugares, **momentos**, cantidad o modo no permitidos, **comportamientos estos últimos que pueden ser sancionados administrativamente**, pero que no se incluyen en el tipo penal, pues éste no puede aplicarse a casos distintos de los comprendidos expresamente en el mismo» (la negrita es mía); en parecido sentido, y excluyendo del precepto la caza en época de veda, entre otras, vid. SAP Girona, Sección 3.ª, núm. 46/2003, de 9 de abril; también, SAP Granada núm. 272/2000, Sección 1.ª, de 29 de abril; SAP Navarra núm. 172/1997, Sección 1.ª, de 7 de octubre. No obstante, y considerando que la caza en época de veda sí se encontraba incluida en el precepto, vid. SAP de Madrid, de 5 de enero de 2000.

⁴⁵ En parecidos términos, vid. PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, «Artículo 335», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 4.ª ed., Pamplona, 2004, pp. 1243 y 1245. También, de la misma opinión, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, op. cit., p. 1457.

autorización para cazar, sino, precisamente, la prohibición específica y expresa de cazar una determinada especie en un concreto período temporal. Como se podrá comprender, la afectación de estas conductas al medio ambiente es escasa y, frente a ellas, no debería responder el Derecho Penal sino el Derecho Administrativo y constituir meras infracciones administrativas⁴⁶.

En otro orden de cosas, y como se ha señalado con anterioridad, la reforma introduce tres nuevos números en el art. 335, inexistentes hasta entonces. Si examinamos la conducta contenida en el art. 335.2, la sorpresa que nos produjo comprobar cómo la inconstitucionalidad del 335.1 seguía perviviendo, se acentúa y se convierte en asombro y desconcierto, cuando no en incredulidad, por el tamaño despropósito jurídico que se tipifica en el art. 335.2: **el delito de furtivismo**. Y no es que el precepto lo denomine así, sino que utiliza una descripción mucho más sibilina que, en realidad, conlleva la elevación a la categoría de delito de la conducta de furtivismo puesto que lo que se sanciona es la caza o pesca de especies prohibidas realizada «en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular». Este precepto no figuraba en el inicial Proyecto de Ley que dio lugar a la Ley Orgánica 15/2003 sino que fue introducido durante la tramitación parlamentaria de ésta, concretamente, en el Congreso de los Diputados, mediante una enmienda del Grupo Popular cuya fundamentación no me resisto a transcribir por la claridad meridiana con la que se describe lo que se quiere tipificar:

«El furtivismo —conducta consistente en cazar o pescar en propiedad ajena— **lesiona los derechos económicos de quien se dedica a explotar los recursos cinegéticos**. La decisión de incluir su tipificación obedece a la evidencia de que **se produce una lesión injusta de los derechos económicos de otro**, con lo cual la conducta del furtivo tiene suficiente desvalor como para merecer un reproche sancionador»⁴⁷.

Creo que, ante la evidencia, resulta difícil, cuando no imposible, desvirtuar la finalidad de la introducción del precepto; lo único que se puede hacer en este caso es demostrar el despropósito jurídico, tanto de la reforma, como de la justificación de la misma⁴⁸.

⁴⁶ En este mismo sentido, vid. PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, «Artículo 335», 4.^a ed., *op. cit.*, p. 1245.

⁴⁷ Así, vid. BOCG, Congreso de los Diputados, de 23 de junio de 2003, Serie A, núm. 145-9, p. 103. La negrita es mía.

⁴⁸ En parecidos términos aludiendo a que la introducción del precepto «ha sido de lo más desafortunada en su técnica legislativa y oportunidad», vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1458.

En efecto, si se observa, lo que menos importa a la hora de introducir el art. 335.2 es la protección del medio ambiente; y ello, nótese, cuando nos encontramos en un Título y en un Capítulo del CP cuya primigenia y única finalidad es la de la protección del medio ambiente; sin embargo, lo realmente importante al introducir el art. 335.2, como se señala en la justificación de la enmienda, son los intereses económicos de los particulares o entidades públicas que disfrutaran de un coto sometido a régimen cinegético especial⁴⁹. Ante ello debemos preguntarnos ¿el art. 335.2 se encuentra correctamente ubicado entre los delitos relativos a la flora y fauna?. La respuesta es clara y concisa: no, porque protege intereses distintos a los del medio ambiente, esto es, protege intereses patrimoniales y, en consecuencia, encontraría mejor acomodo en otros Títulos del CP; concretamente, en aquellos que protegen intereses patrimoniales⁵⁰; y aún, en este último caso, convendría cuestionarse si esa sería una ubicación correcta⁵¹ o si, por el contrario, estas conductas deberían diferirse al ámbito administrativo sancionador, tal y como estaban hasta la promulgación de la Ley Orgánica 15/2003⁵².

Que nos encontramos ante un tipo penal que no pretende proteger el medio ambiente —sino intereses patrimoniales particulares— se demuestra por el hecho de que lo importante es el lugar donde se realiza la caza; lo que aumenta el desvalor de la conducta y eleva la pena es el lugar donde se comete el delito, es decir, el lugar donde se

⁴⁹ Sobre los tipos de terreno sometidos a régimen cinegético especial, vid. la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza en sus art. 8 y ss. y el Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la ley de caza de 4 de abril de 1970 en sus art. 8 y ss. El concepto de «terrenos sometidos a régimen cinegético especial» es el opuesto al de «terrenos cinegéticos de aprovechamiento común» en los que, con independencia de su titularidad pública o privada, se puede cazar libremente si se posee una licencia de caza; como se podrá comprender, en la actualidad este tipo de terrenos son escasos por las importantes cantidades de dinero que mueve el deporte de la caza. En el concepto de terrenos sometidos a régimen cinegético especial están los parques nacionales (art. 10), los refugios de caza (art. 11), las reservas nacionales de caza (art. 12), las zonas de seguridad (art. 13), los adscritos al régimen de caza controlada (art. 14), los cotos de caza (art. 15) y los cercados (art. 19).

⁵⁰ Se trata de un precepto muy similar, aunque no idéntico, al que se contenía, entre los delitos patrimoniales, en el art. 507 del antiguo Código Penal: la pesca o caza en heredad ajena o campo vedado.

⁵¹ Sí parece serlo para CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 1458 y 1459.

⁵² Así, en el art. 42.1 f) de la Ley de Caza de 1970 que, en virtud de lo establecido en la Disposición Derogatoria 1 e) del CP de 1995 pasó a tener la consideración de infracción administrativa muy grave. No obstante, considerando acertada la inclusión del precepto en el CP, vid. GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna en el nuevo Código Penal: análisis de los nuevos tipos delictivos», *op. cit.*, p. 5.

caza o pesca⁵³; lugar que, por ende, suele pertenecer a particulares que económicamente se verían perjudicados al sustraer de sus terrenos esas especies. Pero, además, que el bien jurídico protegido no es el medio ambiente se demuestra por el hecho de que el propio art. 335.2, al establecer la pena, señala que habrá de realizarse **un concurso real**⁵⁴ en el caso de que las especies cazadas sean las establecidas en el art. 335.1, es decir, en todos los casos porque las especies a las que se refiere el art. 335.1 son las mismas a las que se refiere el art. 335.2; de no ser los bienes jurídicos protegidos distintos, ese concurso real vulneraría el principio *non bis in idem*. En definitiva, intereses patrimoniales particulares, y no medioambientales, son los que están tras la tipificación de la conducta del art. 335.2 que, en mi opinión, no tiene el suficiente desvalor como para ser objeto de sanción penal, ni el ámbito de los delitos medioambientales, ni en el ámbito de los delitos patrimoniales.

Pero, además, **realmente cabe poner en duda que sean esos intereses patrimoniales los que se encuentren detrás de la tipificación de la conducta del art. 335.2**. En efecto, si se analiza con mayor profundidad el precepto, se puede llegar a la conclusión de que lo que subyace al mismo no son tales intereses patrimoniales y, entonces, nos encontramos ante la patente falta de sentido del precepto; hasta tal punto llega esa falta de sentido que se podría decir que *protege simplemente unos intereses morales de los titulares de los cotos*. Naturalmente, soy consciente de que no fue eso lo que quiso el legislador⁵⁵, pero la redacción final del precepto lleva a esa conclusión puesto que aquél —**el legislador**— **no plasmó adecuadamente en la norma escrita la conducta que realmente pretendía tipificar y, en este caso, la voluntad de la ley prevalece sobre la voluntad del legislador**⁵⁶.

⁵³ En este mismo sentido, señalando cómo «el fundamento de la infracción reside exclusivamente en la cualidad del terreno», vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en VIVES/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., p. 762; del mismo autor y en el mismo sentido, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2.ª ed., op. cit., p. 841; PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, «Artículo 335», 4.ª ed., op. cit., p. 1246.

⁵⁴ El precepto señala que se impondrá la pena de multa de 4 a 8 meses e inhabilitación especial de 1 a 3 años «además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo».

⁵⁵ Porque, como se vio en la justificación de la enmienda por la se introdujo el art. 335.2, lo que se quiso fue proteger unos auténticos intereses patrimoniales.

⁵⁶ En este sentido, y como señalaba ENGISCH respecto a la interpretación de las normas, «*el contenido conceptual y la voluntad inmanente a la ley es lo único decisivo*, pues es lo único que, con arreglo a la Constitución, aparece y queda legalizado, en tanto que *las ideas y expectativas que rodean al creador de la ley no reciben de ninguna ma-*

En efecto, nótese que, tal y como se encuentra redactado el precepto, en realidad, no se perjudica ningún interés patrimonial del titular del coto: **si la conducta de caza de una especie está prohibida para cualquier persona ajena al coto, también lo está para el propio titular del coto o para cualquier persona que éste autorice**. En otros términos, al contrario de lo que estima algún autor⁵⁷, el delito del art. 335.2 no se estructura como independiente del art. 335.1, sino que comparte con él la naturaleza —prohibida— de las especies objeto de caza o pesca y no constituye más que una agravación fundamentada por el lugar en el que se lleva a cabo la conducta: un determinado terreno cuya influencia sobre el medio ambiente es nula. En teoría, y como se ha dicho con anterioridad, se perjudicarían intereses económicos del titular del coto porque si los animales son cazados por los furtivos, el titular del coto no puede cazarlos con lo que se le irrogaría un perjuicio económico; esto es, además, lo que se deduce de la fundamentación de la enmienda que he transcrito con anterioridad y por la que se introdujo el art. 335.2. Sin embargo, no fue eso lo que realmente tipificaron nuestros legisladores a pesar de la claridad de la fundamentación de la enmienda. En efecto, nótese que *el titular del coto de caza —o la persona autorizada por éste— nunca puede dar caza —impunemente— a esos animales porque se trata de los animales o especies a los que se refiere el art. 335.1: animales cuya caza está expresamente prohibida para todos los ciudadanos, incluido el titular del coto*⁵⁸; nunca se trata de animales cuya caza está autorizada. En otros términos, si se trata, por ejemplo, de la

nera obligatoriedad, sino que, por el contrario, al igual que los demás, el que intervino en el acto de legislación ahora está también sometido a la ley y tiene que ajustarse a las palabras y aceptar el valor y efectividad de la voluntad expresada en la ley, aún contra sí mismo. ***El sentido incorporado en la ley puede ser todavía más rico de lo que los legisladores habían pensado al elaborarla***, si es que pensaron algo, lo que no siempre puede sostenerse cuando es un parlamentario quien aprueba una ley»; ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, traducción de E. Garzón Valdés, Madrid, 1967, p. 118. La cursiva es mía. En parecidos términos, vid. también GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, Madrid, 1998, pp. 78-79.

⁵⁷ Así, por ejemplo, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en VIVES/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., p. 762; del mismo autor y en el mismo sentido, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2.ª ed., op. cit., p. 841. También, de parecida opinión, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, op. cit., p. 1459.

⁵⁸ De otra opinión, y de manera contraria al tenor literal del precepto, vid. GUTIERREZ ROMERO, F. M., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna en el nuevo Código Penal: análisis de los nuevos tipos delictivos», op. cit., p. 5, para quien «la conducta que exige el precepto citado no es otra que ejercer la caza o pesca sobre especies no amenazadas o en peligro de extinción, es decir, especies cuya caza o pesca se encuentre autorizadas por la normativa administrativa, si bien con la especificidad de que la conducta se lleve a cabo en terrenos sometidos a aprovechamiento cinegético especial».

caza de un conejo —fuera de la época de veda, esto es, no se encuentra prohibida—, la conducta no constituye delito de furtivismo porque la caza de ese animal no está prohibida, no puede incardinarse en el art. 335.1, y tampoco en el art. 335.2 porque *éste exige expresamente que la caza se refiera a los animales del art. 335.1: caza o pesca expresamente prohibida*; pero, si se trata de la caza de un conejo en época de veda la conducta sí constituiría un delito del art. 335.1 y, además, un delito de furtivismo porque las especies que se integran en éste sólo son las del art. 335.1 —caza o pesca expresamente prohibida—; pero, obsérvese que esa conducta de caza de un conejo en época de veda no puede ser llevada a cabo ni siquiera por el propio titular del coto porque entonces éste incurriría en la conducta del art. 335.1; luego, en definitiva, si ni siquiera el propio titular del coto puede llevar a cabo esa conducta —y si lo hace incurre en la conducta del art. 335.1—, difícilmente un furtivo estaría perjudicándole económicamente si lleva a cabo esa conducta; a lo sumo existiría, en mi opinión, un mero perjuicio moral del titular del coto que no tiene una relevancia tal como para merecer una respuesta penal y, además, una respuesta penal que da lugar a un concurso real con la pena del art. 335.1. En consecuencia, el bien jurídico patrimonial que podría subyacer al precepto se diluye totalmente quedándose en un mero perjuicio moral para el titular del coto. En definitiva, un auténtico despropósito jurídico basado en un perjuicio moral que conduce a imponer la pena del art. 335.1 más la del art. 335.2 —concurso real— si quien caza no es titular del coto y la pena del art. 335.1 si quien caza es el titular del coto cuando, en ambos casos, el perjuicio al medio ambiente es el mismo, sea cual sea el lugar en el que se haya cazado la especie, porque lo cierto es que la especie tiene prohibida su caza, tanto en un coto privado como en un coto público y tanto para el titular del coto, como para una persona ajena al coto. ¿Qué desvalor añade que esa conducta se lleve a cabo en un coto privado cuando ni siquiera el titular del coto puede llevarla a cabo?. Qué duda cabe, como ya señalé, que lo que pretendía el legislador, y así lo dejó claro en la fundamentación de la enmienda por la que se introdujo este art. 335.2, era tipificar el furtivismo, esto es, la conducta de caza o pesca, de cualquier especie cazable o pescable, en determinados terrenos ajenos. Sin embargo, no lo consiguió porque **ese furtivismo es punible sólo cuando se caza o pesca especies cuya caza o pesca está prohibida**⁵⁹; es decir, especies que ni el titular del coto puede cazar. Ante la falta del sentido del precepto, algunos autores, y prescindiendo del tenor literal del mismo, estiman que

⁵⁹ Algo que carece de sentido, como señalan CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 1458-1459.

habría de interpretarse que el apartado 2.º del art. 335 no requiere que la caza o pesca del animal se encuentre expresamente prohibida, sino que puede tratarse incluso de especies cuya caza o pesca está expresamente autorizada⁶⁰; interpretación que daría coherencia al precepto —y que es la que se deduce de la fundamentación de la enmienda por la que se introdujo el art. 335.2— pero que, en mi opinión, es totalmente contraria al tenor literal del precepto que, como se ha dicho, se refiere a las especies del apartado primero: cuya caza o pesca esté expresamente prohibida.

De la misma manera, y si se sigue analizando el precepto carece igualmente de sentido la referencia que se hace en el mismo a la autorización del titular del coto para llevar a cabo la caza o pesca. El precepto se refiere a que la conducta del art. 335.2, para ser típica, ha de llevarse a cabo «sin el debido permiso de su titular» [del titular del coto]; si existe autorización del titular del coto la conducta es atípica. Pero, nótese que si existe autorización del titular del coto se trata de una autorización para cometer un delito: el del art. 335.1, porque es una autorización para la caza o pesca, en el coto privado, pero es una autorización para cazar especies cuya caza o pesca está expresamente prohibida por las normas administrativas y, por ende, también por el art. 335.1; esto es, una autorización para cometer un delito; si la caza se lleva a cabo sobre especies cuya caza no esté expresamente prohibida, tanto si existe autorización del titular del coto, como si no existe, no se comete el delito de furtivismo. En definitiva, un despropósito jurídico más a unir a los que ya hemos visto que contiene el art. 335. Pero no es el único en relación con el art. 335.2.

En efecto, la redacción literal del precepto se refiere a «terrenos públicos o privados ajenos sometidos a régimen cinegético especial»; nótese que, como derivación de esa referencia, **el delito sólo puede ser aplicado cuando la conducta consiste en cazar pero no cuando consiste en pescar salvo, claro está, que se pretenda vulnerar el principio de legalidad**. Ello es así porque, respecto de la pesca, no existen terrenos sometidos a «régimen **cinegético**», sino, en todo caso, piscícola; existirán vedados de pesca, cotos de pesca, zonas de especial protección, etc...⁶¹ pero, en ningún caso, respecto de la pesca, terrenos sometidos a

⁶⁰ Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en VIVES/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., p. 762; del mismo autor y en idénticos términos, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2.ª ed., op. cit., p. 841.

⁶¹ Por ejemplo, el art. 38 de la Ley de 20 de febrero de 1942, de Pesca Fluvial, establece la distinción entre aguas de dominio público y privado o los arts. 42 y 43 hacen referencia a los cotos fluviales.

«régimen **cinagético**»⁶² y, en consecuencia, la pesca en esos terrenos sometidos a régimen «piscícola» no es incluíble dentro del art. 335.2.

Pero, el despropósito jurídico sigue aumentando a medida que seguimos analizando el resto de los números introducidos por la Ley Orgánica 15/2003 en el art. 335. Así, en el número tercero se prevé una agravación de la pena cuando se «produjeran graves daños al patrimonio cinagético de un terreno sometido a régimen cinagético especial»⁶³; dicho en román paladino: se agrava la pena cuando se causen graves daños —en teoría— económicos al titular del coto de caza, no al titular del coto de pesca. Y me gustaría subrayar que, con esa agravación, *se introduce por primera vez en el precepto la pena de prisión que pasa a ser idéntica, e incluso superior, a la establecida en el art. 334 para la caza de especies amenazadas*; así, mientras que el límite máximo de la pena es idéntico al del 334, el límite mínimo —6 meses— es mayor que el del 334 —4 meses— que recordemos la reforma rebajó. *Lo mismo ocurre con la pena de inhabilitación: es mayor que la prevista para la caza de especies amenazadas y en peligro de extinción*⁶⁴. Y todo ello, conviene recordar, porque la conducta ha causado graves daños al patrimonio cinagético de un terreno sometido a régimen cinagético especial; es decir, porque ha causado graves daños, en teoría económicos, ¡a quien —el titular del coto— no puede cazar o pescar esas especies!, **y no porque ha causado graves daños en el medio ambiente; en efecto, si la conducta se lleva a cabo en terrenos no sometidos a régimen cinagético especial, por muy grave que sea el daño al medio ambiente, la conducta no se agrava un ápice**. Es evidente que lo que subyace a esa agravación son, en principio, intereses patrimoniales de los titulares de los cotos. Sin embargo, en realidad, y como ya hemos visto respecto al art. 335.2, no pueden ser esos los intereses subyacentes porque el titular del coto no puede cazar o pescar las especies a que se refiere este precepto. Desde luego, el medio ambiente tampoco es lo que subyace a dicha agravación⁶⁵ porque, como se ha señalado,

⁶² En este mismo sentido, vid. PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, «Artículo 335», 4.^a ed., *op. cit.*, p. 1246.

⁶³ No considerándolo una agravación, sino un delito autónomo, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en VIVES/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal. Parte especial*, *op. cit.*, p. 762.

⁶⁴ Por su parte, considerando que la conducta del art. 335.3 «merece ser castigada con esta pena de prisión de seis meses a tres años e inhabilitación de cazar y pescar por tiempo de dos a cinco años», vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1461.

⁶⁵ En este mismo sentido, vid. PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, «Artículo 335», 4.^a ed., *op. cit.*, p. 1246. Por el contrario, considerando que lo que subyace a la agravación sí es la protección del medio ambiente, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1461.

si la caza o pesca no se lleva a cabo en terrenos no sometidos a régimen cinegético especial, por muy graves que sean los daños, la conducta no se agrava un ápice. Es el lugar, y no el atentado al medio ambiente, lo que supuestamente aumenta el desvalor de la conducta y puede llevar a imponer una pena privativa de libertad superior a la de la caza de especies amenazadas. En definitiva, un auténtico despropósito jurídico.

Pero, el colmo de los despropósitos jurídicos se hace aún más patente cuando analizamos el cuarto de los números del art. 335. Este precepto contiene unas agravaciones específicas que, de concurrir, en algunos supuestos, harían que la pena de prisión a imponer fuese idéntica, no ya a la de la caza de especies amenazadas —art. 334.1—, sino a la de la caza de especies catalogadas en peligro de extinción —334.2—. Pero eso no es todo, la concurrencia de esas agravantes posibilitaría, además, en algunos supuestos, que la pena de inhabilitación fuese superior a la de la caza de especies en peligro de extinción. En conclusión, un despropósito jurídico más y adicional a los que hasta ahora se han denunciado. Sin embargo, no son los únicos.

En efecto, cuando observamos las conductas que pueden dar lugar a la agravación del art. 335.4, y que pueden situar la pena en los mismos términos que la del art. 334 —especies amenazadas—, nos aborda el asombro y el desconcierto; lo que da lugar a la agravación es, por una parte, que las conductas se realicen en grupo de tres o más personas o, por otra, que se utilicen artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente. En definitiva, se introduce la agravante de cuadrilla, y lo que hasta ahora había venido siendo una mera infracción administrativa —la caza con artes prohibidas— pasa a ser una agravante.

En cuanto a la **agravante de cuadrilla**, hay que decir que la misma había desaparecido formalmente de las agravantes genéricas contenidas en el art. 22 del CP, aunque tácitamente se siga encontrando incluida en el núm. 2.º del citado precepto, **si concurren otros requisitos adicionales** como es que la concurrencia de otras personas «debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente». Si se observa, en el art. 335.4 la agravante de cuadrilla no es idéntica a la ahora contenida en el art. 22.2.^a porque no es necesario que la concurrencia de esas personas debilite la defensa del ofendido, sino que, simplemente, basta con que concurren tres o más personas con independencia de que eso suponga o no un debilitamiento del ofendido⁶⁶.

⁶⁶ Es más, esta agravante de cuadrilla no exige, como hacía el antiguo CP que concurren a la comisión del delito «más de tres malhechores **armados**» (art. 10.13 ACP); la exigencia de las armas, naturalmente, suponía un debilitamiento del ofendido. Ahora, ni siquiera se exige esa presencia de armas sino que, simplemente, basta con que concurren tres o más personas aunque no estén armadas. Quizás la agravante

Ni siquiera en los delitos de robo, que serían los más parecidos a alguna de las conductas del art. 335 —concretamente la del 335.2 y 3— se prevé una agravante específica similar; y sí se prevé una agravante específica similar en delitos de mucha mayor gravedad como los de agresiones sexuales —art. 180.1.2.^a—; ¿significa esto que los bienes jurídicos protegidos, fundamentalmente, por los arts. 335.2 y 3 son de la suficiente entidad como para merecer la previsión de una agravante específica similar a la que se prevé en las agresiones sexuales?. Creo que la pregunta no merece respuesta alguna dado el despropósito jurídico que nos ha abocado a realizarla y la nula relación que tiene esta clase de agravante con el bien jurídico protegido: el medio ambiente⁶⁷.

En cuanto a la otra circunstancia agravante específica —**la caza o pesca con artes prohibidas**—, como se ha señalado, no es más que la elevación a la categoría de agravante penal de lo que, en la actualidad, no es más que una infracción administrativa cuya determinación, además, depende de las Comunidades Autónomas⁶⁸ y, por tanto, serían estas las que determinarían por completo la agravante. Entre los medios de caza o pesca prohibidos legal o reglamentariamente, podemos distinguir, fundamentalmente, dos clases: los denominados *medios no selectivos* —esto es, los que no discriminan la especie a cazar, como, por ejemplo, los lazos, los cepos o los que disminuyen la posible huída de la pieza, por ejemplo, la caza nocturna con focos— y los denominados *métodos masivos* —esto es, los que permiten capturar un gran número de piezas a la vez como, por ejemplo, redes muy tupidas para la caza o la pesca o utilización de veneno o explosivos—.

Si nos centramos en los primeros —medios o artes no selectivas— no veo por qué pueden tener la virtualidad de agravar la conducta dado que no suponen ningún desvalor adicional, ni para el medio ambiente —caso del art. 335.1— ni para los intereses patrimoniales o morales —caso del art. 335.2 y 3—; ¿qué desvalor adicional añade el hecho de cazar un jabalí en época de veda —esto es,

parte de la base, y da por sentado, que si la conducta se realiza en cuadrilla, todos los sujetos irán armados; naturalmente, esto podría ocurrir respecto a las conductas de caza, pero no en relación con la pesca, salvo que se estime que una caña de pescar es un arma.

⁶⁷ En el mismo sentido, vid. PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, «Artículo 335», 4.^a ed., *op. cit.*, p. 1247. Por su parte, considerando sorprendente que el legislador haya recurrido sólo y precisamente en este delito a la agravante de cuadrilla, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1461.

⁶⁸ Lo que, de nuevo, plantearía una clara vulneración del principio de legalidad al ser las Comunidades Autónomas, y no el poder legislativo, quienes estarían determinando lo que constituye una agravación de la pena y lo que no la constituye.

cuando su caza está expresamente prohibida, art. 335.1— con una escopeta o con un lazo o con un cepo? o ¿qué desvalor o perjuicio patrimonial añade el hecho de cazar ese mismo animal en un coto privado —art. 335.2— con escopeta o con lazo o con un cepo?. En mi opinión, ninguno.

Respecto a las artes o medios masivos, también prohibidos administrativamente, debemos distinguir entre aquellos que tengan una eficacia destructiva similar a la del veneno o los explosivos —en cuyo caso esta conducta no daría lugar a la agravación, sino a la aplicación del art. 336⁶⁹— y aquellos otros medios masivos que no tuviesen esa eficacia destructiva pero permitiesen capturar un gran número de animales⁷⁰. En principio, sólo estos últimos podrían dar lugar a la agravación del art. 335.4. Sin embargo, plantean un problema relacionado con el principio *non bis in idem*. En efecto, si se observa, en la mayor parte de los casos, la utilización de esos medios masivos supone la causación de graves daños en el patrimonio cinegético y, en consecuencia, darían lugar a la agravación contenida en el art. 335.3, siempre y cuando la conducta se realizase en un terreno sometido a régimen cinegético especial. Agravar nuevamente la pena a través del art. 335.4 con un fundamento idéntico —que, en definitiva, es el que tiene la prohibición de utilización de medios masivos: capturar a la vez un gran número de piezas causando un grave daño al patrimonio cinegético y al medio ambiente— supondría un *bis in idem* porque se estaría utilizando una misma circunstancia para agravar dos veces la pena: una conforme al art. 335.3 y otra conforme al 335.4. Por tanto, esta agravación sólo se podría aplicar en el supuesto de que la conducta fuese realizada en terrenos no sometidos a régimen cinegético especial, esto es, la conducta del art. 335.1.

En definitiva, ninguno de los números del art. 335 se salva del despropósito jurídico que ha supuesto la reforma de este precepto que, antes de la misma, ya era también un auténtico despropósito jurídico. En consecuencia, las supuestas mejoras técnicas y sistemáticas que motivaron la reforma se encuentran totalmente ausentes si las analizamos desde el punto de vista del art. 335.

⁶⁹ Por ser un precepto más especial que habría de entrar en concurso ideal con la del art. 335.1 y/o 2.

⁷⁰ Al respecto, y en mayor extensión sobre esta cuestión vid. mi comentario a la SAP de Tarragona, Sección 2.ª, de 22 de febrero de 2000, en MUÑOZ LORENTE, J., «Integración del elemento típico «otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna» contenido en el artículo 336 del CP. De nuevo sobre la nula atención al principio de intervención mínima en la aplicación de los tipos penales de peligro abstracto», *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, núm. 26, febrero de 2001, pp. 59 y ss.

7. La reforma del art. 336

Si continuamos examinando los preceptos reformados por la Ley Orgánica 15/2003, procede ahora detenernos, sucintamente, en la reforma operada en el art. 336. Y digo, sucintamente, porque lo único reseñable, como en los casos anteriores, es la modificación de la pena de prisión —a la baja— sin saber por qué se produce esa rebaja dado que en los debates parlamentarios no se nos ofrece ningún tipo de motivación. En efecto, como en todos los casos anteriores, se rebaja el límite mínimo de la pena de prisión de 6 a 4 meses, permaneciendo inalterado el límite máximo en 2 años. De la misma forma, la pena de multa permanece inalterada. Pero, también, como en casos anteriores, se introduce en el precepto la pena de inhabilitación para el ejercicio de la caza o pesca dado que el art. 337, donde antes se contenía esta pena, es utilizado ahora para introducir el delito de maltrato de animales domésticos. No obstante, al introducir la pena de inhabilitación en el art. 336 se aprovecha, como en ocasiones anteriores, para rebajar su duración. Si antes se encontraba establecida en una cuantía de 3 a 8 años, ahora se rebaja a una inhabilitación de 1 a 3 años. A este respecto, resulta curioso que la pena de inhabilitación sea inferior a la establecida en el art. 335.3 —graves daños al patrimonio cinegético de terrenos sometidos a régimen cinegético especial: inhabilitación especial de 2 a 5 años— cuando, teóricamente, la conducta del art. 336, por su afectación al medio ambiente, resulta ser más grave —o cuando menos igual de grave— que la de aquel otro precepto.

El resto del precepto, más concretamente su redacción, permanece invariable.

8. La introducción del delito de maltrato de animales domésticos. Problemas de interpretación y aplicación

Y, finalmente, llegamos al último de los preceptos objeto de reforma: el art. 337 en el que se ha introducido *ex novo* el delito de maltrato de animales domésticos. Aunque la protección penal frente al maltrato de animales hunde sus raíces históricas en Ordenamientos ciertamente antiguos⁷¹, qué duda cabe que su introducción a través

⁷¹ Para un estudio histórico y comparado de las distintas configuraciones del maltrato de animales a lo largo de los tiempos, vid. GUZMÁN DALBORA, J. L., «El delito de maltrato de animales», *op. cit.*, pp. 1319 y ss., quien fija el comienzo de la protec-

de la Ley Orgánica 15/2003 es fruto de las presiones realizadas por determinadas asociaciones protectoras de animales⁷² como consecuencia de los distintos episodios de violencia contra animales domésticos que, en los últimos tiempos, estaban aflorando en los medios de comunicación⁷³.

Su ubicación dentro de los delitos relativos a la flora y la fauna, si se me permite la expresión, se ha efectuado «con calzador» dado que, como ya se señaló —y en este sentido, me remito a lo que ya indiqué al analizar la reforma de la rúbrica del Capítulo IV del Título XVI del CP, vid *supra* epígrafe II—, desde el punto de vista del bien jurídico, el delito de maltrato de animales domésticos poco o nada tiene que ver con el resto de los delitos protegidos en el mismo Capítulo. En consecuencia, como ya señalé, debo proponer el apartamiento del art. 337 de los delitos relativos a la flora y la fauna creando, *ex novo* un Título específico dentro del CP para este tipo delictivo; naturalmente, ello habrá de ser así si realmente se pretende seguir manteniendo esta conducta dentro del CP porque *ya han surgido voces discrepantes que consideran que no es legítimo ni necesario que el Derecho Penal intervenga en esta clase de conductas*⁷⁴.

ción de los animales en el Código de Hammurabi (2.250 años antes de Cristo). Por lo que respecta a nuestro país el antecedente más remoto aparece constituido por una falta prevista en el art. 810.4 del CP de 1928, obra de Primo de Rivera; al respecto, y en mayor extensión sobre este antecedente histórico, vid. HIGUERA GUIMERÁ, J.F., *La protección penal de los animales en España*, *op. cit.*, p. 61; también del mismo autor y en referencia a dicha falta del CP de 1928 vid. HIGUERA GUIMERÁ, J.F., «Los malos tratos crueles a los animales en el Código Penal de 1995», *op. cit.*, p. 347 en donde, además, señala cómo el antecedente más inmediato se encuentra en la Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

⁷² Que, en febrero de 2002, y a través de la Fundación Altarriba de amigos de los animales, presentaron cerca de 600.000 firmas solicitando a las Cortes la tipificación del maltrato de animales. Al respecto, y en mayor extensión, vid. <http://www.altarriba.org/1/lf/e/43.htm>. También, al respecto, vid. diario El País de los días 11 y 13 de febrero de 2002.

⁷³ Al respecto, y, en mayor extensión, cfr. *infra*. De la misma opinión, constatando cómo la introducción del precepto responde a la presión efectuada por los movimientos de defensa de los animales y a los escandalosos casos de maltrato a animales ocurridos meses antes de la presentación del Proyecto de Ley, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1466; también, constatando ese hecho, vid. SERRANO TÁRRAGA, M.^a D., «El maltrato de animales en el Código Penal», *op. cit.*, p. 3.

⁷⁴ Y ello por ser un bien jurídico que no resulta merecedor de protección penal y porque resultan más idóneas las sanciones administrativas. Al respecto, y en mayor extensión, sosteniendo esa falta de legitimidad de la intervención penal, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 1466 y ss.

Antes de analizar el precepto de nuevo cuño, hay que señalar que, con mayor o menor acierto, originariamente el CP de 1995 ya contenía un tipo encaminado a la protección de los animales domésticos frente a los tratos crueles en el capítulo de las faltas; concretamente, en el art. 632⁷⁵ que, también, ha sido objeto de reforma por la Ley Orgánica 15/2003.

La introducción del art. 632 fue considerado por determinados grupos como una conquista que, desde luego, no se demostró como tal si se tenía en cuenta que algunas normas administrativas imponían sanciones pecuniarias superiores a las impuestas en el referido precepto por la realización de la misma conducta. En otros términos, **las infracciones administrativas se mostraban más severas que la falta**⁷⁶. Se trataba —y se trata— de una falta que era enjuiciada y fa-

⁷⁵ Cuyo tenor literal era el siguiente: «los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días».

⁷⁶ No en vano, por ello, algunos autores consideraron que «tal vez hubiera sido suficiente con las sanciones administrativas que se recogen en las disposiciones legales sobre protección de animales, algunas más severas que las del CP»; así, vid. SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 6.ª ed., Madrid, 2001, pp. 1076-1077; por su parte, también poniendo de evidencia la contradicción entre la sanción penal y las administrativas que resultaban ser más elevadas, vid. HIGUERA GUIMERÁ, J.F., «Los malos tratos crueles a los animales en el Código Penal de 1995», *op. cit.*, p. 349. Decantándose expresamente por la mayor idoneidad de las sanciones administrativas frente a las sanciones penales para conculcar esta clase de conductas, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1469. En efecto, las disposiciones de las Comunidades Autónomas recogen sanciones mucho más severas para esa clase de conductas; así, por ejemplo, la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de Protección de los Animales de Andalucía establece que el maltrato de animales puede constituir, según los casos, una infracción grave (art. 39) o muy grave (art. 38); las penas para las infracciones graves, en virtud de lo establecido en el art. 41 de dicha norma son de 501 a 2.000 euros, y para las infracciones muy graves de 2001 a 30.000 euros. Por su parte, la Ley 22/2003, de 4 de julio, de Protección de los Animales de Cataluña, establece que el maltrato de animales puede constituir, según los casos, infracción leve (art. 30.2 r), infracción grave (art. 30.3 l) o infracción muy grave (art. 30.4 a); las multas van de 100 a 400 euros para las infracciones leves, de 401 a 2.000 euros para las graves, y de 2001 hasta 20.000 euros para las muy graves. La Ley 11/2003, de 19 de marzo, de Protección Animal en la Comunidad Autónoma de Aragón, establece que, dependiendo de los casos, el maltrato puede constituir infracción leve (art. 68.1), infracción grave (art. 69.1), o infracción muy grave (art. 70.1); a las infracciones leves se les impone una multa de 60 a 601 euros, a las graves una multa de 601,01 a 6.010 euros, y a las muy graves una multa de 6.010,01 a 150.253 euros). Por su parte, la Ley 5/2002, de 23 de mayo, de Protección de los Animales en la Comunidad Autónoma de Extremadura, establece que el maltrato de animales, según los casos, puede constituir infracción grave (art. 32.3) o muy grave (art. 32.4) a las que les corresponde una multa, respectivamente, de 301 a 1.500 euros y de 1.501 a 15.025 euros. De la misma manera, la Ley 5/1997, de 24 de abril, de Protección de los Animales de Compañía de Castilla y León establece que el maltrato

llada por los Jueces de Paz⁷⁷ lo que, en mi opinión, daba idea —y sigue dando idea— de la escasa importancia que se confería —y que se confiere— a la conducta. Pero, el citado precepto también planteaba problemas interpretativos porque su redacción permitía —y sigue permitiendo— mantener, como lo hacía un nutrido sector jurisprudencial, que **el maltrato a animales domésticos sólo se extendía al realizado en espectáculos públicos no autorizados como, por ejemplo, las peleas de perros o de gallos⁷⁸; en consecuencia, el maltrato realizado en privado o en público, pero sin ser consi-**

de animales constituye una infracción grave (art. 28.4), siendo la pena a imponer de 25.001 a 250.000 pesetas. La Ley 5/1995, de 22 de marzo, de Protección de los Animales de La Rioja señala que el maltrato de animales constituye una infracción muy grave (art. 27 a) e incluye la conducta de no facilitarles alimentación y los conmina con una multa de 1.000.001 a 5.000.000 de pesetas. La Ley 4/1994, de 8 de julio, de la Generalitat Valenciana, sobre Protección de los Animales de Compañía establece que el maltrato de animales constituye una infracción muy grave (art. 25.3) y lo conmina con una multa de 1.000.001 a 3.000.000. La Ley 6/1993, de 29 de octubre, de Protección de los Animales del País Vasco considera el maltrato de animales como una infracción grave (art. 27.2 f) sancionándolo con una pena de multa de 50.001 a 250.000 pesetas. Igualmente, la Ley 1/1993, de 13 de abril, de Protección de los Animales Domésticos y Salvajes en Cautividad de Galicia establece, según los casos, el maltrato como infracción leve (art. 20 a), grave (art. 21 a) o muy grave (art. 22 a), siendo las multas, respectivamente, de 5.000 a 50.000 pesetas, de 50.001 a 500.000 pesetas y de 500.001 a 2.500.000 pesetas. La Ley 1/1992, de 8 de abril, de Protección de los Animales que viven en el entorno humano establece que el maltrato constituirá infracción grave (art. 46.2 d) sancionándose con una pena de multa de 50.001 a 250.000 pesetas. La Ley 3/1992, de 18 de marzo, de Protección de los Animales de Cantabria establece como infracción muy grave el maltrato de animales (art. 48.1) sancionándose con una multa de 100.001 a 2.500.000 pesetas (art. 39.3). La Ley 7/1990, de 28 de diciembre, de Protección de los Animales domésticos de Castilla-La Mancha establece que el maltrato de animales será considerado, según los casos, infracción leve (art. 25.1 a), grave (art. 25.2 c) o muy grave (art. 25.3 a), sancionándose, respectivamente, con penas de multa de 1.000 a 25.000 pesetas, de 25.001 a 50.000 y de 50.001 a 1.000.000 de pesetas. La Ley 1/1990, de 1 de febrero, de Protección de los Animales Domésticos de la Comunidad de Madrid establece que el maltrato de animales será considerado como una infracción muy grave (art. 24.3) que llevará aparejada una sanción de multa de 250.001 a 2.500.000 pesetas.

⁷⁷ Vid. art. 14.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «conocerá de los juicios por faltas tipificadas en los artículos 626, 630, **632** y 633 del Código Penal, el Juez de Paz del lugar en que se hubieran cometido».

⁷⁸ Que, por cierto, se encuentran expresamente prohibidas por la mayoría de las normas autonómicas relativas a los animales y, en la mayoría de los casos, con la consideración de infracciones muy graves y, por tanto, conminadas con penas muy superiores a las establecidas para la falta penal. Cfr. las normas autonómicas citadas en las notas anteriores. Por su parte, considerando una «falacia farisaica» el hecho de que Ordenamiento autorice el maltrato cruel y muerte de un toro en un espectáculo público y, por el contrario, sancione el maltrato cruel de cualquier otro animal (gallos, perros, etc..) realizados en espectáculos públicos, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo II, op. cit., p. 2775.

derado como espectáculo público, resultaba impune⁷⁹. Otro sector doctrinal y jurisprudencial sostenía que el precepto también permitía otra interpretación distinta; dado que el mismo se refería —y se refiere— al maltrato de animales, tanto domésticos como a «cualesquiera otros», se entendía que la necesidad de que se realizara en espectáculos públicos no autorizados sólo se refería a estos últimos⁸⁰ y, en consecuencia, el maltrato de animales domésticos era punible aunque se realizara en privado⁸¹. En cualquier caso, este precepto, tras la Ley Orgánica 15/2003 sigue permaneciendo en el CP, aunque se ha cambiado su numeración y ahora pasa a estar ubicado en el art. 632.2, sin que su redacción haya sufrido ninguna modificación sustancial en el sentido de aclarar cuál de las dos posturas doctrinales anteriores resulta correcta. La reforma, por una parte, añade al precepto la exigencia de que no se trate de una conducta inscrita en el art. 337, lo que le convierte en un precepto subsidiario de este último y, por otra, además de la pena de multa, establece como alternativa la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que, como se sabe, sólo es posible su imposición si existe anuencia por parte del reo.

Por su parte, la redacción del nuevo art. 337 plantea numerosas dudas interpretativas, hasta el punto que ha sido calificada como una redacción que «cae casi en los límites del esperpento»⁸². Lo cierto es que esas mismas dudas interpretativas ya también se planteaban en relación con el art. 632 en su originaria redacción; dudas que, en modo alguno, han sido disipadas por el legislador a pesar de señalar ampulosamente que la reforma se ha llevado a cabo con la finalidad, entre otras, de introducir mejoras técnicas desembocado, por el con-

⁷⁹ Así, entre otras, vid. SAP Málaga, Sección 3.ª, núm. 112/2004, de 23 de febrero; SAP Pontevedra, Sección 4.ª, de 31 de octubre de 2001; SAP de Asturias, núm. 190/2001, de 27 de junio; SAP de Lugo, núm. 96/2000, Sección única, de 12 de abril; SAP de Santa Cruz de Tenerife, núm. 238/2000, Sección 2.ª, de 18 de febrero; SAP de Cantabria, núm. 31/1999, Sección 1.ª, de 9 de febrero; SAP de Cantabria, núm. 159/1998, Sección 2.ª, de 1 de septiembre. De esta misma opinión, en la doctrina, vid. VALLDECABRES ORTIZ, I. en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tomo II, Valencia, 1996, p. 2182.

⁸⁰ Así, entre otras, vid. SAP de Segovia, Sección única, de 15 de septiembre de 1998; SAP de Valencia, núm. 267/2001, Sección 4.ª, de 22 de octubre; SAP de Valencia, núm. 656/2000, Sección 3.ª, de 9 de diciembre; SAP de Cáceres, núm. 77/2000, Sección 1.ª, de 27 de octubre; SAP de Almería, núm. 99/2003, Sección 2.ª, de 16 de mayo; SAP de Zaragoza, Sección 3.ª, núm. 21/2003, de 3 de febrero.

⁸¹ De esta opinión, también, HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «Los malos tratos crueles a los animales en el Código Penal de 1995», *op. cit.*, pp. 349 y ss., especialmente, p. 353; también SERRANO TÁRRAGA, M.ª D., «El maltrato de animales en el Código Penal», *op. cit.*, p. 2

⁸² Así, expresamente, vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 15.ª ed., *op. cit.*, p. 600.

trario, y como señala MARTÍNEZ-BUJÁN en un nuevo ejemplo de legislación simbólica⁸³ o, en el peor de los casos, y como señalan PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, en una manifestación más de la instrumentalización política del Derecho Penal⁸⁴ para dar satisfacción a las cerca de 600.000 firmas presentadas para la tipificación del maltrato de animales como delito⁸⁵.

La primera y principal cuestión que plantea el art. 337 es **qué ha de entenderse por animal doméstico**. El precepto, en modo alguno lo define, dejando a la discrecionalidad de los Tribunales su determinación. Y *la cuestión, al contrario de lo que pudiera parecer, no es en absoluto fácil de solventar*⁸⁶ si, por una parte, se tienen en cuenta los peculiares animales de compañía que, en los últimos tiempos, están adoptando algunas personas: reptiles, ofidios, arácnidos, monos, canguros, etc... ¿pueden ser éstos considerados como animales domésticos?. Pero, por otra parte, la resolución de esa cuestión se complica aún más cuando se observan determinadas interpretaciones jurisprudenciales, realizadas en relación con el art. 632, que **excluyen del concepto de animal doméstico a animales que, comúnmente, son considerados como tales —por ejemplo, un caballo**⁸⁷— **dado que consideran que sólo han de entenderse como animales domésticos los animales de compañía**, esto es, aquellos que cohabitan con su dueño o propietario y no aquellos «que se hallen bajo el control efectivo de sus dueños o responsables» sin cohabitar con ellos⁸⁸. Naturalmente, interpretaciones como estas conducirían a excluir del ámbito del art. 337 las peleas de gallos, por mucho que pudieran suponer un maltrato o muerte injustificada y con ensañamiento — como exige el precepto— dado que los gallos no serían considerados como animales domésticos pues, aunque se hallan bajo el control de sus dueños, *no son animales de compañía o no cohabitan con sus dueños*⁸⁹. Por el contrario, y reitero según esas interpretaciones, las peleas de perros sí podrían entrar en el precepto, si respecto de las

⁸³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en VIVES/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., p. 764.

⁸⁴ PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, «Artículo 335», 4.ª ed., op. cit., p. 1251.

⁸⁵ Cfr. *supra* nota n.º 73.

⁸⁶ En este mismo sentido, vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La reincidencia en la falta de robo y en las apropiaciones indebidas, el acceso ilícito a servicios de telecomunicaciones y el maltrato de animales domésticos: tres ejemplos de nuevos delitos contra el patrimonio», op. cit., pp. 309-310.

⁸⁷ Así, vid. la SAP de Segovia, Sección única, de 15 de septiembre de 1998.

⁸⁸ Vid. *ibidem* SAP de Segovia que restringe el concepto de animales domésticos única y exclusivamente a los animales de compañía.

⁸⁹ No obstante, expresamente considerando al gallo como animal doméstico, vid. SAP de Cádiz, Sección 1.ª, de 11 de junio de 2003.

mismas se considera que existe ensañamiento, porque el animal sí cohabita con su dueño o, si se quiere, sí es un animal de compañía. Pero, la cuestión que entonces surge es ¿el perro o perros pertenecientes a una persona que los entrena para peleas, *pero que no cohabitan con él como animales de compañía*, pueden ser considerados como animales domésticos y dar lugar a la aplicación del tipo? Según hemos visto, algunas interpretaciones estiman que la cohabitación es lo que caracteriza al animal como doméstico a efectos penales⁹⁰; si no existe cohabitación, pero se trata de animales que comúnmente son calificados como domésticos —un caballo, el resto de los animales de una granja, un perro o un gato que no cohabitan con su dueño—, según esa interpretación, no se podría aplicar el tipo⁹¹ y, nuevamente, tendríamos que recurrir a la aplicación de la falta del art. 632.2 —que se refiere a «cualesquiera otros animales»— pero sólo si ese maltrato se lleva a cabo en espectáculos públicos no autorizados. En definitiva, una cuestión difícil de solventar y que se podría perfectamente haber resuelto definiendo el concepto de animal doméstico porque antes de la reforma ya se planteaban todas estas dudas⁹². Desde aquí insto a la reforma del precepto y a la introducción de un concepto de lo que ha de entenderse por animal doméstico que, simplemente, podría ser el que utiliza el diccionario de la RAE para definir al animal doméstico: «El que pertenece a especies acostumbradas secularmente a la convivencia con el hombre y no es susceptible de apropiación». Aunque se trate de una definición muy genérica, lo cierto es que la misma no parece exigir cohabitación con el dueño, ni parece identificar el concepto con el de animales de compañía, sino que emplea el término en

⁹⁰ Por su parte, considerando que sólo los animales de compañía son inscribibles en el art. 337 y que «*los animales de renta* —el ganado y los destinados a deportes o espectáculos— no pueden ser considerados domésticos, por más que sean pacíficos, puesto que su objetivo es el de ser *explotados comercialmente* por el hombre, lo que excluye su proximidad hogareña con él», vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La reincidencia en la falta de robo y en las apropiaciones indebidas, el acceso ilícito a servicios de telecomunicaciones y el maltrato de animales domésticos: tres ejemplos de nuevos delitos contra el patrimonio», *op. cit.*, p. 312.

⁹¹ En el caso de los perros, y considerando su exclusión del precepto cuando pueden ser calificados como peligrosos conforme a la Ley Orgánica 50/1999 de Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos, vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La reincidencia en la falta de robo y en las apropiaciones indebidas, el acceso ilícito a servicios de telecomunicaciones y el maltrato de animales domésticos: tres ejemplos de nuevos delitos contra el patrimonio», *op. cit.*, pp. 311-312.

⁹² De hecho, y como ponen de relieve COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ, durante la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica que dio lugar a la introducción del delito de maltrato de animales domésticos, el Grupo Parlamentario Canario intentó introducir un concepto de animal doméstico, sin que tal propuesta prosperase, vid. COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, en COBO DEL ROSAL (Coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, 2004, p. 1199.

un sentido más amplio⁹³. Precisamente, esas mismas son las ideas que, en relación con el concepto de animal doméstico, se desprenden de la mayoría de las leyes autonómicas de protección de los animales⁹⁴. De la misma forma, en mi opinión, deberían incluirse en el concepto de animales domésticos los silvestres que han sido domesticados, esto es, acostumbrados a convivir con el hombre —por ejemplo, un lobo domesticado, un halcón— o aquellos otros que, siendo silvestres, últimamente se están convirtiendo en animales de compañía superando el tradicional concepto de éstos: serpientes, arañas, monos, ofidios, etc...—⁹⁵. Todos ellos —tanto domesticados, como

⁹³ Estimando, también, que el concepto ha de entenderse en un sentido amplio, vid. HIGUERA GUIMERA, J. F., «Los malos tratos crueles a los animales en el Código Penal de 1995» *op. cit.*, pp. 351-352 basándose en la equiparación que efectúa el art. 465 del Código Civil en cuanto a la posesión de animales. También basándose en la equiparación realizada por el art. 465 del Código Civil y entendiendo el concepto en un sentido amplio, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1470. De la misma forma sosteniendo un concepto amplio de animal doméstico, vid. SERRANO TÁRRAGA, M.^a D., «El maltrato de animales en el Código Penal», *op. cit.*, p. 3. Por su parte, mostrándose especialmente crítica con esta clase de definiciones amplias por extender excesivamente el ámbito típico del delito, vid. MARQUÉS I BANQUE, M., «Artículo 337», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 5.^a ed., Pamplona, 2005, p. 1268; no obstante, esta misma autora, con posterioridad y en la misma página, opta por entender como animales de compañía y, por tanto, los incluye como domésticos, a animales que tradicionalmente no se han considerado como de compañía: serpientes, arañas, etc...

⁹⁴ Así, por ejemplo, vid. la definición que de animal doméstico se efectúa en el art. 3 de la Ley 22/2003, de 4 de julio, de Protección de los Animales de Cataluña que incluye dentro del concepto de animal doméstico, no sólo a los animales de compañía, sino también a los que «se crían para la producción de carne, piel o algún otro producto útil para el ser humano, los animales de carga y los que trabajan en la agricultura».

⁹⁵ En este mismo sentido, vid. GUTIERREZ ROMERO, F. M., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna en el nuevo Código Penal: análisis de los nuevos tipos delictivos», *op. cit.*, p. 6, quien extiende la aplicación del tipo a todos los animales mantenidos en cautividad. En igual sentido se pronunció el Consejo General del Poder Judicial en su Informe, de 26 de marzo de 2003, sobre el Anteproyecto de Ley de que dio lugar a la Ley Orgánica 15/2003, **instando a la inclusión en el precepto de la referencia a los animales domesticados y a los mantenidos en cautividad**. También, extendiendo el concepto tradicional de animales domésticos y de animales de compañía, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1470. A pesar de mantener un concepto amplio de animales domésticos pero excluyendo del mismo los domesticados que no son útiles al hombre, vid. SERRANO TÁRRAGA, M.^a D., «El maltrato de animales en el Código Penal», *op. cit.*, p. 3. Por su parte, cuestionando «por qué los protectores de los animales se contentan con la protección de los domésticos», vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La reincidencia en la falta de robo y en las apropiaciones indebidas, el acceso ilícito a servicios de telecomunicaciones y el maltrato de animales domésticos: tres ejemplos de nuevos delitos contra el patrimonio», *op. cit.*, p. 306 quien, posteriormente (pp. 310-311) excluye del tipo la protección de «los animales domesticados individualmente, sin que lo sea su especie y menos aún los domados —el león de un circo, por ejemplo—».

animales de compañía no tradicionales—, en mi opinión, se pueden perfectamente incluir en las definiciones que de animal doméstico ofrecen algunas leyes autonómicas entendiendo por tales **todos «aquellos que dependen de la mano del hombre para su subsistencia»**⁹⁶; aunque los últimos animales citados no puedan ser considerados como tradicionales animales domésticos —porque según la definición del diccionario de la RAE no se trata de especies acostumbradas secularmente a la convivencia con el hombre—, a mi juicio, su dependencia del hombre para subsistir les convierte, a efectos jurídicos, en tales.

No obstante, es preciso indicar cómo dentro del Ordenamiento existen normas que parecen contradecir abiertamente ese concepto amplio de animal doméstico reduciéndolo exclusivamente a los animales de compañía. Y, en este sentido, me estoy refiriendo a las definiciones que de animal doméstico ofrece la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal que en su art. 3.4 señala que son «Animales domésticos: **aquellos animales de compañía** pertenecientes a especies que críe y posea tradicional y habitualmente el hombre, **con el fin de vivir en domesticidad en el hogar**, así como los de acompañamiento, conducción y ayuda de personas ciegas o con deficiencia visual grave o severa»; esto es, sólo son domésticos los animales de compañía *tradicionales* o, dicho de otro modo, reduce el concepto de animal doméstico a los animales de compañía *tradicionales* —excluyendo, por ejemplo, a los caballos—; animales de compañía que, a su vez, vienen definidos en el art. 3.3 de la misma ley: «Animales de compañía: los animales que tenga en su poder el hombre, **siempre que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones, o no se lleve a cabo, en general, con fines comerciales o lucrativos**». En definitiva, si a todo ello le unimos el hecho de que en diferentes Comunidades Autónomas existen diferentes conceptos de animal doméstico⁹⁷, nos encontramos

⁹⁶ Así, vid. art. 2.1 de la Ley 6/1993, de 29 de octubre, de Protección de los Animales del País Vasco; art. 2 de la Ley 8/1991, de 30 de abril, de Protección de los Animales de Canarias; art. 1.3 de la Ley 7/1990, de 28 de diciembre, de Protección de los Animales domésticos de Castilla-La Mancha.

⁹⁷ Teniendo en cuenta, además, como señala MARQUÉS I BANQUÉ que, aunque algunos Tribunales no se hayan dado cuenta de ello, el legislador en el art. 337, y respecto del concepto de animal doméstico, en realidad ha recurrido a la técnica legislativa de la accesoriadad administrativa —o ley penal en blanco que remite a la normativa autonómica competente en la materia— y no de la discrecionalidad judicial en relación con el concepto de animal doméstico; vid. MARQUÉS I BANQUÉ, «Artículo 337», *op. cit.*, 5.ª ed., p. 1267. Una enumeración de la extensa legislación autonómica existente al respecto puede encontrarse en SERRANO TÁRRAGA, M. D., «El maltrato de

muy lejos de establecer claramente desde un punto de vista jurídico-penal lo que es un animal doméstico a los efectos del art. 337; no hubiese estado de más, como se ha señalado con anterioridad, que la reforma se hubiese preocupado de especificar tal concepto cuando, con anterioridad a la misma, ya se planteaban esas dudas; nunca está de más, a la hora de acometer una reforma, analizar cuáles son los problemas que los tipos están planteando en la práctica diaria de los Tribunales.

Otra duda que plantea la redacción del nuevo art. 337 es en qué consiste el ensañamiento o, más concretamente, si es posible aplicar la definición que del mismo aparece contenida en el art. 22.5.^a del CP —que, por otra parte, es la misma que recoge el diccionario de la RAE— y que, en definitiva, supone causar un sufrimiento innecesario al animal en el sentido de «aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito»⁹⁸. El problema está, por una parte, en distinguir ese sufrimiento innecesario o ensañamiento del maltrato cruel al que se sigue refiriendo la falta del art. 632.2 que, como se señaló, es subsidiaria del 337. No conviene olvidar que el término «cruel» viene definido por el diccionario de la RAE como aquel «que se deleita en hacer sufrir o se complace en los padecimientos ajenos»; en definitiva, una definición muy similar, cuando no idéntica, a la del ensañamiento⁹⁹. No obstante, y con la finalidad de distinguir uno y

animales», *op. cit.*, p. 504. No obstante, es preciso hacer notar cómo esa normativa autonómica, lejos de aclarar la cuestión del concepto de animales domésticos la complica aún más porque, mientras en algunas comunidades autónomas se identifica a los animales domésticos única y exclusivamente con los animales de compañía (así, por ejemplo, vid. la Ley 1/1990, de 1 de febrero, de Protección de los Animales Domésticos de la Comunidad de Madrid) en otras, por el contrario, se mantiene un concepto amplio de animal doméstico (así, por ejemplo, vid. Ley 6/1993, de 29 de octubre, de Protección de los Animales del País Vasco; Ley 8/1991, de 30 de abril, de Protección de los Animales de Canarias; la Ley 7/1990, de 28 de diciembre, de Protección de los Animales domésticos de Castilla-La Mancha). Este hecho, naturalmente, puede producir disfunciones, diferencias de criterio y desigualdades dependiendo de la Comunidad Autónoma donde se produzca el delito.

⁹⁸ En un tono sumamente irónico y considerando que es «obligada la sustitución del vocablo «inhumanamente» por otro más propio de este delito, como v. gr., «*inanimalmente*»», vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en VIVES/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal. Parte especial, op. cit.*, p. 765. En parecidos términos considerando desafortunada y desacertada la remisión al ensañamiento porque para la valoración se recurre al carácter «inhumano» de un sufrimiento que, en realidad, recae sobre animales, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1472.

⁹⁹ De la misma manera, identificando el ensañamiento con la «extrema crueldad», vid. GUTIERREZ ROMERO, F. M., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna en el nuevo Código Penal: análisis de los nuevos tipos delictivos», *op. cit.*, p. 6.

otro precepto se podría interpretar que la conducta del art. 337 exige, inicialmente, estar encaminada a producir la muerte o lesión grave del animal doméstico y, además, hacerlo con ensañamiento, esto es, con una motivación clara de hacer sufrir al animal antes de causarle la muerte o lesión grave; mientras que si la conducta inicial no se dirige a producirle la muerte o lesiones, pero sí a maltratar al animal, entonces la conducta habría de derivarse a la falta del art. 632.2. Tengo que reconocer que esta interpretación para lograr la distinción entre ambos preceptos, no necesariamente se acomoda con el tenor literal del art. 337 dado que *éste no exige claramente que la finalidad inicial sea la de matar o lesionar gravemente al animal*, sino simplemente la de maltratarlo; en este sentido, la muerte o lesión grave parecen más bien estar estructuradas como una consecuencia de esa inicial finalidad de maltrato o sufrimiento del animal sin que sea necesario que el dolo abarque esos resultados, es decir, ***parece que esos resultados se configuran como una especie de condición objetiva de punibilidad***¹⁰⁰; y, si eso lo conjugamos con que los conceptos de «ensañamiento» y «crueldad» son prácticamente idénticos, resulta muy difícil, cuando no imposible, distinguir las conductas de uno y otro precepto. En consecuencia, otra posible distinción, quizás más acertada y mucho más fácil de practicar, estribaría en aplicar el art. 337 cuando se le cause al animal la muerte o lesión grave, naturalmente con ensañamiento o, si se quiere con crueldad —porque ambos conceptos, como se ha señalado, vienen a coincidir—, y cuando no se causen tales resultados de muerte o lesiones graves, sino simplemente lesión leve o meros sufrimientos psíquicos sin lesión física aplicar la falta del art. 632.2¹⁰¹. A su vez, esta forma de distinción plantea una cuestión adicional: qué ocurre con las lesiones psíquicas causadas al animal ¿están incluidas en el art. 337?. La respuesta en este caso ha de ser negativa: las lesiones psíquicas están excluidas del art. 337 porque éste sólo se refiere a un «grave menoscabo físico», sin hacer alusión al psíquico, con lo que quedan excluidas las lesiones psíquicas por muy graves que sean, aunque se podrían incluir en la falta del art. 632.2¹⁰² siempre y cuando sea posible demostrar su existencia.

En cualquier caso, a mi entender, lo que sí se desprende claramente del art. 337 es que la conducta de dar muerte o de lesionar

¹⁰⁰ Entre otras circunstancias porque la producción de ambos resultados conlleva la misma pena.

¹⁰¹ De esta misma opinión, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 1473 y 1474.

¹⁰² Considerando que claramente cabe no sólo el maltrato físico sino también el psicológico, aunque en referencia al art. 632, vid. HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «Los malos tratos crueles a los animales en el Código Penal de 1995», *op. cit.*, p. 353.

gravemente a un animal, realizada sin ensañamiento o sin crueldad — dado que hemos dicho que ambos conceptos vienen a ser coincidentes— no cabe inscribirse en el precepto¹⁰³; por ejemplo, envenenar a un animal con una sustancia que no le cause ningún sufrimiento antes de morir¹⁰⁴. El ensañamiento se convierte, pues, en el elemento central del tipo penal de manera que lo relevante para el mismo no es la producción de la muerte o de una lesión —cosa que por otra parte se demuestra por el hecho de que ambos resultados tienen la misma pena—, sino que lo importante es la presencia del ánimo subjetivo representado por el ensañamiento, esto es, el aumento deliberado, consciente y buscado de hacer sufrir al animal antes de causar la muerte o la lesión; en definitiva, la muestra de un especial ánimo perverso por parte del sujeto activo que se deleita en el placer de causar dolores excesivos o más intensos que los necesarios para la ejecución de la conducta. Si la conducta va dirigida únicamente a causarle la muerte o una lesión al animal, por los motivos que sean¹⁰⁵, pero sin la intención de aumentar su dolor antes de morir o causarle la lesión — esto es, sin una especial perversidad o ánimo especialmente perverso de deleitarse con el sufrimiento del animal—, esa conducta quedaría excluida del art. 337 porque **la intención de matar al animal o de causarle una lesión —incluso grave— no equivale, automáticamente, a la presencia del ensañamiento**¹⁰⁶. Conviene recordar que el ensañamiento es algo distinto al sufrimiento causado por la producción de la lesión o la muerte e inherente a éstas y supone un plus de sufrimiento adicional al que, de por sí, conlleva la causación de una lesión grave o de la muerte¹⁰⁷. De la misma forma, los sufri-

¹⁰³ En este mismo sentido, vid. HIGUERA GUIMERA, J. F., «Los malos tratos crueles a los animales», *op. cit.*, p. 361, quien considera que en estos casos sólo se podría acudir al delito o la falta de daños si quien lleva a cabo la conducta es una persona distinta del dueño del animal.

¹⁰⁴ Conducta que sí aparece prevista como infracción administrativa en la mayoría de las leyes autonómicas protectoras de animales.

¹⁰⁵ Por ejemplo, para hacer sufrir al dueño, no al animal.

¹⁰⁶ En parecidos términos, vid. GUZMÁN DALBORA, J.L., «El delito de maltrato de animales», *op. cit.*, p. 1339.

¹⁰⁷ Y, así ha sido tradicionalmente interpretado por la jurisprudencia, fundamentalmente, en relación con el delito de asesinato. Entre otras, vid. SSTS núm. 1554/2003, de 19 de noviembre; 1176/2003, de 12 de septiembre; 780/2003, de 29 de mayo; 1767/2002, de 29 de octubre; 1065/2002, de 6 de junio. No obstante, hay quienes consideran que a la hora de establecer la subsunción en el delito de maltrato animales no se puede funcionar de igual manera o no se puede realizar la misma interpretación que en el asesinato o las lesiones, o dicho de otro modo, que el delito de maltrato de animales impide trasladar mecánicamente los conceptos elaborados a propósito del homicidio o de las lesiones; al respecto y en mayor extensión, vid. GUZMÁN DALBORA, J.L., «El delito de maltrato de animales», *op. cit.*, p. 1339.

mientos o padecimientos causados al animal como efecto de la producción de una lesión grave, respecto de la cual no ha habido un previo ensañamiento, también quedarían excluidos del art. 337, precisamente, porque no concurriría el ensañamiento sino que serían padecimientos o sufrimientos inherentes a la lesión; recordemos que el ensañamiento debe ser una circunstancia que conlleve un plus de sufrimiento adicional al que ya, de por sí, conlleva toda lesión¹⁰⁸. Y, en este punto, estoy pensando en un concreto caso real que, sin duda, es el que ha motivado la introducción del art. 337 en el CP a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003. Se trata, como he señalado, de un caso real que conmocionó a la sociedad española y que hizo que se recrudecieran las exigencias de aumento de las penas para el maltrato de animales. Me estoy refiriendo, concretamente, al episodio de mutilación de las patas a 15 perros realizado en una sociedad protectora de animales de Tarragona en el año 2001¹⁰⁹. Pues bien, con independencia del juicio ético o moral desfavorable que merece dicha conducta, lo cierto es que la misma no puede incardinarse en el art. 337 o, si es posible su subsunción en el precepto es a duras penas y haciendo caso omiso de su tenor literal, esto es, infringiendo el principio constitucional de legalidad penal. En efecto, nótese que si la conducta iba encaminada únicamente a mutilar a los animales, *el sufrimiento que estos padecieron —sufrimiento innegable— es consustancial a la lesión o mutilación que se les quería infligir*; el ensañamiento, por el contrario, requiere algo más: el aumento del sufrimiento que ya es consustancial a la lesión o muerte que se le quiere producir y la intención de aumentar ese sufrimiento en el sentido de deleite en el mismo. Si aquél y éste no concurren, entonces no es posible aplicar el tipo por mucho que hubiera una mutilación, esto es, una lesión grave o incluso la muerte del animal. Todo ello, naturalmente, salvo que se interprete que el mero hecho de matar o mutilar a un animal doméstico de una determinada forma —y no de otra— o, mejor dicho, que el hecho de elegir una determinada forma de ejecutar el hecho, y no otra, ya supone automáticamente la presencia del ensañamiento como parece deducirse de la primera sentencia condenatoria por delito de maltrato de animales domésticos a la que hemos asistido en nuestro país. Se trata de la sentencia s/f del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Vinaroz dictada en el

¹⁰⁸ En este mismo sentido, vid. GUZMÁN DALBORA, J. L., «El delito de maltrato de animales», *op. cit.*, p. 1339, quien expresamente señala cómo «por inexpresiva que resulte la voz *maltrato* lo mismo en castellano que en otros idiomas, en modo alguno es sinónima de crueldad» o de ensañamiento porque, como aquí se ha sostenido ambos conceptos —crueldad y ensañamiento— vienen a ser coincidentes.

¹⁰⁹ Vid. Diario El País, de 5 de noviembre de 2001.

juicio oral n.º 33/2005¹¹⁰. En ella se condena a 5 meses de prisión al acusado que mató a un perro ahorcándole con una soga y colgándole de la rama de un olivo. En la sentencia se afirma que «Es innegable que **para matar al perro no era necesario objetivamente ahorcarlo**, provocándole con ello unos padecimientos innecesarios, dado que la muerte va precedida de la angustia de la asfixia y las convulsiones propias con las que el animal pretendía escapar del castigo. El acusado tuvo que buscar una cuerda en la finca, hacer el nudo y atrapar al perro por el cuello, para posteriormente buscar el árbol y hacer otro nudo en la parte contraria de la soga para sujetar suspendido al animal, como se puede observar en las fotografías, *lo que evidencia una deliberada y consciente intención de aumentar el sufrimiento del animal*». En mi opinión, el hecho de elegir una determinada forma de ejecución que objetivamente suponga un mayor sufrimiento para el animal —como ocurre en el caso de la sentencia citada— no significa, sin embargo, que concurra el ánimo subjetivo propio del ensañamiento —o, si se quiere, la especial perversidad que representa éste— que también requiere una demostración¹¹¹. Obsérvese que, si no fuese así, casi todas las formas de dar muerte a un animal constituirían ensañamiento y, por ende, darían lugar a la aplicación del art. 337, salvo, por ejemplo, matar al animal de un disparo en la cabeza¹¹²; por el contrario, darle muerte degollándole o apuñalándole serían formas de ejecución que objetivamente aumentan el sufrimiento del animal si las comparamos con el disparo en la cabeza; y no olvidemos que si esto lo trasladamos al ámbito del homicidio y del asesinato todas las formas de ejecución que no supongan una muerte rápida de la víctima habrían de ser consideradas ensañamiento y, por tanto, darían lugar a la aplicación del asesinato porque objetivamente suponen un aumento del sufrimiento de la persona. Por ello, aunque objetivamente existan otras formas de ejecución que impliquen un menor sufrimiento no po-

¹¹⁰ Un extracto de la misma se puede encontrar en la siguiente página web de la sociedad valenciana protectora de animales: www.svpap.com/en_accion/texto_noticia.asp?idn=60; también se puede encontrar una referencia a la misma en la página web del periódico La Verdad de Murcia del día 22 de abril de 2005: www.laverdad.es.

¹¹¹ En este sentido se pronuncia la SAP de Madrid (Sección 17.ª), núm. 287/2004, de 19 de abril, en la que claramente se establece que «el acusado es cierto que desprecia la vida del animal pero su finalidad es darle muerte para que no le moleste, *no quiere causarle un sufrimiento sino eliminar un problema para él*».

¹¹² Excluyendo expresamente la existencia de un maltrato cruel, y por tanto de ensañamiento, en el hecho de matar a dos perros con un disparo en la cabeza, vid. SAP de Almería (Sección 2.ª), núm. 99/2003, de 26 de mayo. Por el contrario, considerando que el disparo contra un gato es un acto de maltrato cruel, vid. SAP de Valencia, núm. 15/2003, de 19 de enero.

demos automáticamente decir que concurre el elemento subjetivo requerido por el ensañamiento. Evidentemente, a la hora de solucionar estas cuestiones todo dependerá de cada caso en concreto en el que habrá que examinar, por ejemplo, si un cuchillo es el único medio del que disponía el sujeto para matar al animal degollándolo —porque no todo el mundo dispone de un arma de fuego—, en cuyo caso, no concurriría el elemento subjetivo propio del ensañamiento o, hasta incluso, puede haber casos en que la elección consciente de un medio que objetivamente cause más sufrimiento al animal excluya claramente la presencia del elemento subjetivo propio del ensañamiento o excluya la perversidad o deleite en el sufrimiento del animal; y, en este último supuesto, estoy pensando, por ejemplo, en casos muy comunes de ahorcamiento de perros en los que su dueño elige esa forma de ejecución, precisamente, para no ver el sufrimiento del animal antes de morir o, si se quiere, para no deleitarse con la muerte y el sufrimiento del animal que es lo que constituye el ánimo subjetivo propio del ensañamiento; en estos casos, por tanto, claramente se encontraría excluido el ánimo subjetivo del ensañamiento y no se podría aplicar el tipo. Con ello, enténdaseme bien, no pretendo justificar esas atroces prácticas de las que son víctimas los animales, sino demostrar y denunciar la deficiente redacción del tipo y las interpretaciones a las que podría llevar y, en definitiva, la escasa protección que para los animales se deriva de tal redacción.

La referencia al término «injustificadamente» que aparece contenida en el art. 337, en mi opinión, resulta poco acorde con la redacción del precepto y, en concreto, con el término «ensañamiento»¹¹³. En este sentido, si con la referencia a que el maltrato ha de realizarse injustificadamente se quieren excluir del precepto conductas de maltrato, por ejemplo, en legítima defensa —un perro que por orden de su dueño ataca a una persona y esta se defiende—, a mi juicio, no hu-

¹¹³ En parecidos términos y mostrando su asombro por el hecho de que, en virtud de la redacción típica, haya supuestos de ensañamiento *que puedan estar justificados*, vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 15.ª ed., *op. cit.*, p. 600. En parecidos términos, vid. GUZMÁN DALBORA, J. L., «El delito de maltrato de animales», *op. cit.*, p. 1339; también, de la misma opinión, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1473; también, vid. QUE-RALT JIMÉNEZ, J.J., «La reincidencia en la falta de robo y en las apropiaciones indebidas, el acceso ilícito a servicios de telecomunicaciones y el maltrato de animales domésticos: tres ejemplos de nuevos delitos contra el patrimonio», *op. cit.*, p. 309, quien, además de mostrar su asombro por el hecho de que puedan existir maltratos injustificados, señala que «de nuevo estamos ante *desahogos retóricos del legislador* que denotan un escaso dominio tanto de la técnica legislativa como del lenguaje».

biese sido necesario hacer referencia a ello¹¹⁴ o, lo que es lo mismo, adelantar el juicio de antijuridicidad a la tipicidad; no sólo porque es evidente que existe una causa de justificación de legítima defensa, sino porque la legítima defensa y el ensañamiento son incompatibles: cuando existe legítima defensa no existe ánimo de aumentar innecesariamente el dolor de la víctima y, si existe tal ánimo, entonces, en mi opinión, no hay legítima defensa porque falta, no sólo el requisito de la racionalidad del medio empleado¹¹⁵, sino, primordialmente, el elemento subjetivo de tal causa de justificación. Pero, de la misma forma, el término «injustificadamente» es redundante ya que un ensañamiento nunca puede estar justificado. No obstante, es posible pensar que con el término «injustificadamente» se quisieran excluir del tipo determinadas conductas en las que cabría observar ensañamiento pero que, legal y jurídicamente, se encuentran permitidas o autorizadas; y, en concreto, estoy pensando en las corridas de toros, siempre y cuando se considere que el toro es un animal doméstico¹¹⁶. Al igual que ya se hizo en el art. 632 —hoy 632.2— al excluir del tipo los tratos crueles realizados en espectáculos no autorizados legalmente —cuya referencia, inequívocamente, estaba relacionada con las corridas de toros y su exclusión del tipo— es posible que el legislador empleara el término injustificadamente como sinónimo de «no autorizado legalmente» con la finalidad de evitar que, por ejemplo, alguna asociación protectora de animales tuviese la idea de presentar una querrela en virtud del art. 337 en relación con las corridas de toros. No obstante, el hecho de que el art. 337 no emplee en este punto la misma terminología que el art. 632.2 hace pensar que el mismo, además de a esos supuestos, se estaría refiriendo a otros; y, en este sentido, estoy pensando, por ejemplo, en los sacrificios rituales de animales que se llevan a cabo por determinados cultos y religiones que, de hecho, suponen un sufrimiento objetivamente innecesario para el animal antes de su muerte¹¹⁷ o, especialmente, en las con-

¹¹⁴ En parecidos términos, vid. PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, «Artículo 337», 4.^a ed., *op. cit.*, p. 1255; CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1473; SERRANO TÁRRAGA, M.^a D., «El maltrato de animales en el Código Penal», *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁵ En este mismo sentido vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1473.

¹¹⁶ No obstante, por su parte, considerando que las corridas de toros se encuentran excluidas del art. 337, no por la referencia al término «injustificadamente», sino por la referencia que se hace a los animales domésticos puesto que los toros no pueden considerarse animales domésticos, vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 15.^a ed., *op. cit.*, p. 600.

¹¹⁷ Así, por ejemplo, la muerte por degüello y desangramiento del animal que se lleva a cabo por ortodoxos practicantes de las religiones musulmana —en la que tal

ductas de experimentación con animales que respeten los requisitos normativos establecidos tanto en el ámbito de la Unión Europea¹¹⁸, como en el ámbito nacional¹¹⁹ y autonómico¹²⁰.

sacrificio se denomina «halal»— y judía —en la que se denomina Casher y sus variantes Kosher o Kasrut—; ambas prohíben rigurosamente el consumo de sangre y obligan a verter la sangre de los animales sacrificados sobre la tierra. No obstante, a este respecto hay que tener en cuenta que la normativa comunitaria, desde la Directiva 1974/577/CEE, de 18 de noviembre, prevé que el sacrificio de animales se lleve a cabo aturdiendo al animal antes de sacrificarlo para que no experimente dolor o sufrimiento durante el sacrificio que debe ser breve y de forma instantánea —aturdimiento antes de su sacrificio que prohíben los rituales religiosos a los que antes me he referido—. Idéntica exigencia se recoge en la Directiva 1993/119/CE, de 22 de diciembre, de protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza. Esta última Directiva ha sido transpuesta a través del Real Decreto 54/1995, de 20 de enero, de protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza. **Podría pensarse que dicha normativa resulta abiertamente contraria a la práctica de esos sacrificios rituales religiosos que, claro está, implican un alto sufrimiento del animal durante el sacrificio al morir tras desangrarse y durante un largo período de tiempo.** Sin embargo, tanto la normativa comunitaria como la nacional establecen excepciones a la regla general del aturdimiento previo al sacrificio; precisamente, *una de esas excepciones se encuentra expresamente basada en que se trate de sacrificios rituales religiosos para los que no se requiere la realización de ese aturdimiento previo* (así, vid. art. 4 de la Directiva de 1974; art. 5.2 de la Directiva de 1993; y art. 5.2 del RD 54/1995). Por otra parte, y por lo que se refiere a nuestro país, el sacrificio «halal» o «casher» está expresamente autorizado por los arts. 14.3 de las Leyes 25/1992 y 26/1992, ambas de 10 de noviembre, por las que se aprueban los Acuerdos de Cooperación del Estado español con, respectivamente, la Federación de Comunidades Israelitas de España, y con la Comisión Islámica española. Pero es más, parece que **una prohibición estricta y expresa de esos sacrificios religiosos sería totalmente contraria a la libertad religiosa**, como ya ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia*, de 27 de junio de 2000; en mayor extensión sobre estos pronunciamientos del TEDH, vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Sacrificios rituales de animales, autorización administrativa y libertad religiosa», *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, pp. 221 y ss., especialmente, p. 234. De la misma forma, el art. III-121 de la *nonata* Constitución de la Unión Europea establece que en sus políticas «los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias del bienestar de los animales como seres sensibles, al tiempo que **respetarán** las disposiciones legales o administrativas y los usos de los Estados miembros, **en particular por lo que respecta a los ritos religiosos**, las tradiciones culturales y los patrimonios regionales».

¹¹⁸ A través de la Directiva 2003/65/CE, de 22 de julio, que modifica la Directiva 86/609/CEE, de 24 de noviembre y del Convenio Europeo sobre protección de los vertebrados utilizados con fines experimentales y otros fines científicos, de 18 de marzo de 1986, ratificado por España el 2 de agosto de 1989; también, a través de la Directiva 2004/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero, relativa a la inspección y verificación de las buenas prácticas de laboratorio.

¹¹⁹ Real Decreto 223/1988, de 14 de marzo, sobre protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos y la Orden de 13 de octubre de 1989, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, por la que se desarrolla el citado Real Decreto.

Nota 120 en página siguiente.

Por último, en relación con el art. 337 conviene referirse a la pena que se impone. Esta es de 3 meses a 1 año de prisión e inhabilitación especial de 1 a 3 años para el ejercicio de «profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales». Respecto a la pena de prisión impuesta, simplemente, me gustaría hacer notar cómo la misma está perfectamente pensada para que pueda dar lugar, bien a una suspensión condicional de la misma, si es la primera vez que se delinque, bien a una sustitución por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad¹²⁰. Respecto a la pena de inhabilitación, hay que señalar que parece acorde con la finalidad protectora de los animales que al autor del delito se le prohíba desarrollar una profesión o comercio relacionada con aquéllos dado que, de no existir dicha prohibición, podría continuar realizando la conducta de maltrato sobre otros animales¹²²; en este sentido, el dueño de una tienda de animales o el propietario de una granja condenados en virtud del art. 337 no podrían ejercer su profesión o comercio durante un determinado plazo de tiempo para evitar la reiteración delictiva. Ahora bien, cabría plantearse qué ocurre con aquellos sujetos condenados por maltrato a animales, **que no tienen ninguna profesión relacionada con los animales, pero que son propietarios de otros animales o que tras ser condenados adquieren otro animal o animales ¿cabe imponerles tal inhabilitación para profesión o comercio relacionado con animales?** En principio, sí se les puede y debe imponer esa inhabilitación pero ¿serviría para algo?. Parece que no, porque la inhabilitación establecida en el art. 337 sólo abarca la profesión, el

¹²⁰ Las distintas leyes autonómicas contienen referencias a la experimentación con animales. Sin embargo, la regulación más acabada en la materia la ha llevado a cabo la Ley 5/1995, de 21 de junio, de Protección de los Animales utilizados para experimentación y otras finalidades científicas de Cataluña. En mayor extensión sobre la normativa aplicable en estos casos, vid. PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, *Textos legales sobre experimentación animal*, Cádiz, 2003, *passim*.

¹²¹ Debido a la levedad de la pena consideran que sería mucho más eficaz la imposición de una sanción administrativa de entidad PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ: «Artículo 337», 4.^a ed., *op. cit.*, p. 1256.

¹²² No obstante, considerando que la pena de inhabilitación establecida carece de sentido y puede ser, por su carácter genérico, excesiva, vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 15.^a ed., *op. cit.*, p. 600, en donde, además, añade «¿qué sentido puede tener inhabilitar al empleado de una pescadería e incluso de una carnicería por el hecho de que maltrate a su perro?». A mi juicio, evidentemente, carece de sentido imponer esa pena de inhabilitación para el ejercicio de comercio o profesión a esos sujetos —pescadero y/o carnicero—; sin embargo, a mi entender, la pena de inhabilitación ha de ir dirigida a aquellos sujetos que desarrollen actividades profesionales o comerciales **con animales vivos**; no con animales muertos como es el caso del carnicero o del pescadero. Si las penas de inhabilitación lo que pretenden es evitar la reiteración en la conducta delictiva, dudo mucho que un pescadero o un carnicero pueda maltratar a un animal muerto.

oficio o el comercio relacionado con animales. Si el condenado no se dedica profesional o comercialmente a ello, pero posee otros animales de su propiedad o los adquiere después de ser condenado, esa inhabilitación no serviría para nada puesto que **no conllevaría la prohibición del contacto con los animales de su propiedad** que, precisamente, es lo que se persigue —o debería perseguirse— con la imposición de la pena de inhabilitación; de esta forma, el sujeto podría seguir maltratando a los animales. En otros términos, *el legislador se ha olvidado de recoger dentro de la pena del art. 337 la inhabilitación para la tenencia de animales por un determinado período de tiempo —y ello a pesar de que el Consejo General del Poder Judicial ya advirtiese de ese olvido*¹²³— *que respondería claramente a la finalidad de evitar que el sujeto tenga contacto con animales y los maltrate*, sin necesidad de que se dedique comercial o profesionalmente a actividades relacionadas con los mismos¹²⁴. Recordemos que el art. 39 b) del CP —antes y después de su modificación por la Ley Orgánica 15/2003— cuando se refiere a la inhabilitación especial para profesión, oficio, etc., señala que también es una pena privativa de derechos la inhabilitación especial para el ejercicio de «cualquier otro derecho»; concepto en el que es perfectamente incluible el derecho a la tenencia de animales. Y esto mismo resulta corroborado en el art. 45 del CP al definir la pena de inhabilitación y permitir perfectamente que se imponga esa pena de inhabilitación para la tenencia de animales cuando se refiere a la inhabilitación especial «para profesión, oficio, industria o comercio **o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia**». Parece, pues, que el legislador se olvidó de establecer esa pena en el art. 337 a pesar de que las normas generales se lo permitían perfectamente. En este sentido, cabe plantear si los Tribunales podrían imponer esa pena de inhabilitación para el derecho a la tenencia de animales como pena principal y en la extensión reflejada en el art. 337 o, si por el contrario, deben, respetando el principio de legalidad, atenerse a lo que expresamente se establece en el art. 337, esto es, imponer sólo la inhabilitación para profesión, oficio o comercio y no, porque no aparece reflejada en el precepto, la inhabilitación para la tenencia de animales.

¹²³ Así, en su Informe de 26 de marzo de 2003 sobre el Anteproyecto de Ley de que dio lugar a la Ley Orgánica 15/2003.

¹²⁴ Curiosamente, esa inhabilitación para la tenencia de animales sí se contiene expresamente en algunas leyes autonómicas como, por ejemplo, La Ley 4/1994, de 8 de julio, de la Generalitat Valenciana, sobre Protección de los Animales de Compañía que, en su art. 27.4 establece que la sanción derivada del maltrato de animales conllevará la prohibición de adquirir otros por un período entre 1 y 10 años.

La cuestión no es fácil de solucionar, sobre todo cuando se encuentra de por medio el principio de legalidad de las penas que establece que no se podrá aplicar una pena que no se encuentre expresamente prevista. Por tanto, en principio, la respuesta habría de ser negativa. No obstante, podríamos realizar una interpretación sistemática y concluir en su aplicación aunque el art. 337 no se refiera expresamente a ella. En efecto, si se observa, el art. 45 CP parece entender que la pena de inhabilitación especial contenida en él es un *totum* o un conjunto indivisible del que *la profesión, el oficio, la industria o el comercio no son más que ejemplos de lo que puede abarcar esa pena de inhabilitación especial, esto es, no se trata de un catálogo cerrado*; en consecuencia, si se me permite la expresión, se trataría de una pena «abierta» en el sentido de que puede referirse a la privación de cualquier derecho que tenga relación con el delito cometido aunque no esté expresamente recogido en el tipo. Entendida de esta forma esa pena de inhabilitación especial, se podría interpretar que el art. 337, cuando sólo se refiere a la «profesión, oficio o comercio», también abarca la inhabilitación para el ejercicio de otro derecho como la tenencia de animales y en la misma extensión indicada en el precepto, esto es, siempre sería superior a la pena privativa de libertad. No obstante, y de considerarse que esa interpretación no resulta válida, queda otra opción: la de aplicar como pena accesoria de la de prisión —art. 56 CP— la inhabilitación para el ejercicio de otro derecho —concretamente el derecho a la tenencia de animales—; naturalmente, en este caso, la duración de la inhabilitación está supeditada a la duración de la pena privativa de libertad y no puede ser superior a esta, cosa que no ocurriría de admitirse la otra interpretación puesto que la pena de inhabilitación se independizaría totalmente de la pena de prisión y siempre sería superior a ésta pudiendo llegar hasta los tres años.

9. La introducción de la falta de abandono de animales domésticos. problemas de interpretación y aplicación

Por último, y muy brevemente, me gustaría referirme a la introducción de un nuevo precepto en el capítulo de las faltas y también relacionado con los animales. Se trata de la conducta de abandono de animales domésticos en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad; conducta que se ha tipificado por la Ley Orgánica 15/2003 en el art. 631.2. Este precepto, plantea los mismos inconvenientes

nientes que planteaba el art. 337 en cuanto a la definición de lo que ha de considerarse animal doméstico; en consecuencia, me remito a lo ya dicho. Pero el precepto también plantea problemas adicionales de interacción con el art. 337 y con el 632.2 respecto de determinadas conductas. En este sentido, estoy pensando, no en el abandono de animales en la vía pública —conducta que perfectamente podría incluirse en la falta del 631.2 y para la cual creo que ha sido efectivamente creado—, sino en **la conducta de abandono en el sentido de, por ejemplo, no alimentar al animal para que este muera por inanición sin abandonarlo en la vía pública**; nótese que, aunque el legislador estaba pensando en los abandonos de animales en la vía pública —sobre todo abandono de perros en períodos estivales—, el tipo no requiere expresamente que el abandono se lleve a cabo en la vía pública, ni que suponga un peligro para otras personas, esto es, para la colectividad, conducta que tendría un encaje más exacto en el art. 631.1 —suelta de animales feroces o dañosos—¹²⁵. Por tanto, la omisión de alimentar a un animal para que muera de inanición perfectamente puede considerarse abandono y subsumirse en la falta del art. 631.2 *aunque ese abandono no se lleve a cabo en la vía pública como así lo han interpretado ya algunos órganos jurisdiccionales*¹²⁶. Ahora bien, ¿esa conducta podría ser considerada como maltrato cruel del art. 632.2? ¿podría ser considerada como ensañamiento del

¹²⁵ Y que, como señala GARCÍA ALBERO, bien podría dar lugar a un concurso si con el abandono se dan también los requisitos típicos del art. 631.1 dado el diverso fundamento o bien jurídico de ambas infracciones; GARCÍA ALBERO, R., «Artículo 631», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 4.^a ed., *op. cit.*, p. 2194.

¹²⁶ Así, por ejemplo, el Juzgado núm. 1 de Primera Instancia e Instrucción de Mieres (Asturias), que por primera vez en nuestro país, y a través de la sentencia de 3 de febrero de 2005, ha condenado al propietario de tres perros **que se encontraban en una finca de su propiedad** y que «presentaban claros indicios de estar abandonados y sin cuidado, al encontrarse desnutridos, llenos de pulgas y en un estado de falta de higiene»; dos de los perros murieron como consecuencia de esas circunstancias. La pena impuesta fue de 15 días de multa con cuota diaria de 6 euros, **lo que hace un total de 90 euros**. La sentencia se encuentra disponible en la página web del C.G.P.J (www.poderjudicial.es). El mismo Juzgado, un mes después, condenó a otro sujeto por unos hechos semejantes a una multa de 30 días con cuota diaria de 3 euros, **lo que hace un total de 90 euros**; fuente Diario La Voz de Asturias, 1 de marzo de 2005. No obstante, me gustaría hacer notar **cómo la cuantía de las sanciones penales impuestas contrasta notablemente con la que cabe imponer en vía administrativa**. Así, en virtud de lo establecido en el art. 42 k) de la Ley 13/2002, de 23 de diciembre, del Principado de Asturias, el abandono de un animal es constitutivo de infracción grave sancionada con una pena de multa de entre 600 y 3000 euros; con ello, el recurso a la vía penal para hacer frente a estas conductas queda claramente en entredicho al resultar más beneficioso para el infractor.

art. 337?¹²⁷. Lo primero que hay que hacer para desentrañar estas cuestiones es, por un lado, observar que el art. 631.2 es un tipo de peligro concreto o, en el mejor de los casos, de peligro hipotético; en ningún caso, en mi opinión, se trata de un tipo de peligro abstracto, esto es, que se consume con la mera realización del abandono porque exige algo más que el mero abandono¹²⁸. Es evidente que si no se produce la muerte del animal o unas lesiones graves no podemos aplicar el art. 337, aunque cabría plantear la posibilidad de aplicar una tentativa de tal delito. No obstante, tanto si se produce la muerte, como si se acepta la posibilidad de la tentativa¹²⁹, lo primordial es plantearse si existe ensañamiento; esto es, ¿se puede cometer el delito del art. 337 por omisión, esto es, abandonando o no alimentando al animal, siempre y cuando se tenga posición de garante?. A mi juicio, la respuesta ha de ser negativa. En efecto, a mi modo de entender *la omisión y el ensañamiento son incompatibles entre sí*¹³⁰: quien no da de comer a un animal, no está aumentando su dolor, sino que no está paliando el dolor que se produce como consecuencia de un proceso natural: la inanición. En otros términos, el dolor que le produce al animal la inanición es consustancial al modo de ejecución del delito y, en consecuencia, eso no puede constituir ensañamiento y no podría dar lugar a la aplicación del art. 337; todo ello, naturalmente, salvo que se interprete que el hecho de elegir esa forma de ejecutar el delito, y no otra más rápida, ya constituye en sí

¹²⁷ Respondiendo negativamente a esta última cuestión, *vid.* PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, «Artículo 337», 4.ª ed., *op. cit.*, p. 1254, quienes estiman que **el hecho de que el legislador haya tipificado expresamente el abandono entre las faltas conduce a considerar que el abandono no es una forma del maltrato**. Por el contrario, considerando que el abandono sí constituye una forma de crueldad y de maltrato hacia el animal, *vid.* Informe del Consejo General del Poder Judicial de 26 de marzo de 2003 sobre el Anteproyecto de Ley de que dio lugar a la Ley Orgánica 15/2003.

¹²⁸ En este mismo sentido, determinando que es necesaria la presencia de un peligro potencial o peligro hipotético, *vid.* GARCÍA ALBERO, R., «Artículo 631», *op. cit.*, p. 2194. No obstante, estimando que la lógica consecuencia del abandono es la creación de un riesgo para la vida o integridad del animal dado que siendo doméstico difícilmente podrá hacer frente a las necesidades mínimas de subsistencia, *vid.* CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo II, *op. cit.*, p. 2772. Por su parte, considerando expresamente que se trata de una falta de peligro abstracto, *vid.* SERRANO TÁRRAGA, M.ª D., «El maltrato de animales en el Código Penal», *op. cit.*, p. 4.

¹²⁹ Aceptándola expresamente, *vid.* CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1474.

¹³⁰ En este mismo sentido, considerando que la referencia al ensañamiento permite estimar que el legislador estaba pensando en una conducta activa, *vid.* PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, «Artículo 337», 4.ª ed., *op. cit.*, p. 1254. De idéntica opinión, MARQUÉS I BANQUÉ, M., «Artículo 337», 5.ª ed., *op. cit.*, p. 1269.

ensañamiento¹³¹, es decir, que lleva aparejado el ensañamiento en la propia actividad, aunque naturalmente habría que demostrar el ánimo subjetivo propio de este elemento.

Pero, si se pone en relación la conducta de abandono por no dar de comer a un animal —art. 631.2— con la conducta del art. 632.2 —maltrato cruel— nos enfrentamos con los mismos problemas que respecto al art. 337 —¿es cruel abandonar a un animal dejándole sin comer? ¿se puede cometer un maltrato cruel por omisión?— y otro adicional: el art. 632.2 —a diferencia del 631.2— no exige la producción de ningún resultado de peligro para la vida o la integridad física del animal y, además, la pena a imponer es superior a la del 631.2. Si se considera que el hecho de no suministrar comida a un animal ya es un maltrato cruel —como se pretendió en el trámite parlamentario que dio lugar al establecimiento de esta falta¹³²—, dicha conducta habría de subsumirse en el art. 632.2 aunque no peligrara su vida y, por el contrario, subsumirse en el art. 631.2 —cuya pena es inferior— si se pone en peligro su vida por ser un tipo mucho más específico¹³³. Si, a todo ello,

¹³¹ Tal y como vimos que se ha hecho en la primera sentencia condenatoria por delito de maltrato: sentencia s/f del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Vinaroz dictada en el juicio oral n.º 33/2005, vid. supra.

¹³² La base de la enmienda por la que se introdujo el término «cruel» se refería a acciones **u omisiones** mediante las cuales se someta al animal a sufrimiento innecesario. Al respecto, y en mayor extensión, vid. GARCÍA ALBERO, R., «Artículo 632», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 4.ª ed., op. cit., p. 2195. Por otro lado, en las legislaciones comparadas se equipara el maltrato cruel con «el descuido grave» del animal o el abandono del animal; así ocurre, por ejemplo, en el art. 727 del CP italiano —tras su reforma operada en 1993—, en el art. 521.1 del CP francés —tras su reforma de 1994— e incluso, en algunas normas se tipifica también la conducta imprudente como ocurre en el § 27 de la *Tierschutzgesetz* Suiza. También, sobre la equiparación del abandono con el maltrato, vid. GUZMÁN DALBORA, J. L., «El delito de maltrato de animales», op. cit., pp. 1340, nota 88, y 1341 con importantes referencias bibliográficas a la doctrina comparada que estima cómo dejar morir al animal es una forma de ejecución en comisión por omisión del delito de maltrato. De la misma forma considerando que los malos tratos crueles se pueden cometer por omisión, vid. HIGUERA GUIMERA, J. F., «Los malos tratos crueles a los animales en el Código Penal de 1995», op. cit., pp. 345 y 353-354 en las que, precisamente, pone como ejemplo de malos tratos por omisión la conducta de no alimentar adecuadamente al animal. También, considerando que la omisión es una forma de maltrato, vid. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo I, op. cit., p. 1471, poniendo como ejemplos de maltrato por omisión no alimentar adecuadamente al animal o dejarle morir de frío. Por su parte, el art. 6 b) de la Declaración Universal de los Derechos del Animal, aprobada por la UNESCO el 17 de octubre de 1978, señala expresamente que «el abandono de un animal es un acto **cruel** y degradante».

¹³³ No obstante, considerando la posibilidad de la existencia de un concurso real entre la falta del art. 631.2 —abandono— y la del 632.2 —maltrato cruel— si como

y para sembrar una mayor confusión, le sumamos el hecho de que la falta del art. 631.2 es enjuiciada por los Jueces de Instrucción y la del art. 632.2 por los Jueces de Paz¹³⁴, como se dijo con anterioridad, las supuestas mejoras técnicas pretendidas con la reforma brillan por su ausencia.

Por último, me gustaría llamar la atención sobre el hecho de que ninguna de las faltas relacionadas con los animales prevé la pena de inhabilitación para la tenencia de animales, sin olvidar que **las penas de multa establecidas son muy inferiores a las que aparecen recogidas en las distintas normas administrativas que consideran infracción estas mismas conductas**¹³⁵.

consecuencia del abandono se producen malos tratos, vid. SERRANO TÁRRAGA, M.^a D., «El maltrato de animales en el Código Penal», *op. cit.*, p. 4.

¹³⁴ *Vid.* art. 14 de la LECrim.

¹³⁵ Como se señaló *supra* las primeras condenas por falta de abandono en nuestro país han ascendido a 90 euros cuando las sanciones administrativas mínimas se situaban en los 600 euros.