

# Relevancia penal del furtivismo marino: el delito de marisqueo ilegal\*

**Marta García Mosquera**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal. Universidad de Vigo*

---

GARCÍA MOSQUERA, Marta. Relevancia penal del furtivismo marino: el delito de marisqueo ilegal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-18, pp. 1-56.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-18.pdf>

RESUMEN: : Desde la reforma penal operada por la LO 1/2015, el art. 335.2 del Código Penal español castiga de manera expresa, dentro de los delitos relativos a la flora y la fauna, la realización de actividades de marisqueo relevantes sin el debido título administrativo habilitante, en espacios sometidos a concesión o autorización marisquera o acuícola. Esta criminalización expresa del marisqueo furtivo responde a antiguas demandas de reprimir de manera efectiva un fenómeno que genera graves problemas sociales y económicos en un sector estratégico con especial incidencia en las comunidades costeras, y particularmente en Galicia. La opción de ubicar el marisqueo furtivo junto a la caza y la pesca ilegal plantea dudas en relación con la determinación del bien jurídico protegido, que se suman a las dificultades interpretativas ya suscitadas por el precepto del art. 335 CP desde su redacción original en el CP de 1995.

PALABRAS CLAVE: Furtivismo, marisqueo ilegal, pesca ilegal, delitos contra la fauna, medio ambiente, fraude alimentario, biodiversidad.

TITLE: **Criminal significance of marine poaching: the illegal shellfishing crime**

ABSTRACT: Following the penal reform brought about by Organic Law 1/2015, article 335.2 of the Spanish Penal Code explicitly punishes, within the crimes concerning flora and wildlife, the conduct of relevant shellfishing activities without the enabling administrative title, in spaces that are subjected to a shellfish or aquaculture concession or authorization. The explicit criminalization of furtive shellfishing is a response to the old demands to repress in an effective way a phenomenon that creates serious social and economic problems in a strategic sector with special incidence in coastal communities, and particularly in Galicia. The option to place the furtive shellfish together with the illegal hunting and fishing may raise some doubts regarding the determination of the legal interest protected, which should be add to the interpretative difficulties already generated by article 335 of the Penal Code since its original wording in the Penal Code of 1995.

KEYWORDS: Poaching, illegal shellfishing, illegal fishing, wildlife crimes, environment, food fraud, biodiversity.

Fecha de publicación: 13 octubre 2019

Contacto: [mmosquera@uvigo.es](mailto:mmosquera@uvigo.es)

*SUMARIO: I. Introducción. II. El furtivismo marino. 1. Las actividades de pesca y marisqueo. 2. Aproximación a los conceptos de furtivismo, pesca ilegal y marisqueo ilegal. 3. Incidencia específica del furtivismo en la actividad de marisqueo. III. La cuestión de la relevancia penal del furtivismo en el CP de 1995 con anterioridad a la reforma de 2015. 1. La redacción original del art. 335 CP y su posterior inconstitucionalidad. 2. La redacción del art. 335 CP tras la LO 15/2003. IV. El castigo penal del marisqueo furtivo a través del delito de fraude alimentario con anterioridad a la reforma de 2015. V. La reforma del art. 335 CP operada por la LO 1/2015: tipificación expresa del marisqueo furtivo. 1. Antecedentes de la criminalización del furtivismo en el marisqueo. 2. Trámite parlamentario de la reforma del art. 335 CP. 3. Las especies abarcadas en el art. 335 CP tras la LO 1/2015. 4. Análisis del actual art. 335.2 CP como vía de represión del marisqueo furtivo. 4.1. Consideraciones sobre el bien jurídico protegido. 4.2. La determinación del objeto material del delito de marisqueo ilegal del art. 335.2 CP. 4.3. La conducta típica del art. 335.2 CP referida la marisqueo ilegal. 4.3.1. La realización de actividades. 4.3.2. El requisito de la relevancia de las actividades de marisqueo. 4.3.3. Realización de las actividades sin el debido título administrativo habilitante. 4.4. Posibles relaciones concursales. VI. Consideraciones finales. Bibliografía.*

---

\* El presente trabajo se inscribe en los siguientes proyectos, de cuyos equipos de investigación formo parte: «Responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados (II)» (MINECO DER2014-58546-R), del que es investigador principal el Prof. Dr. Diego-Manuel Luzón Peña, y «Principios y garantías penales: sectores de riesgo» (MINECO, DER2016-76715-R), del que es investigador principal el Prof. Dr. Miguel Díaz y García-Conlledo.

## I. Introducción

La enorme variedad de especies que tienen cabida dentro de los delitos relativos a la protección de la fauna depara situaciones de eventual relevancia penal de muy diverso signo, en función de la especie que resulte afectada por las conductas castigadas. De entrada, ya la propia rúbrica (aunque también la estructura interna y configuración de los tipos) del Capítulo IV del Título XVI del Libro II del Código Penal<sup>1</sup>, «Delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos», sugiere entender abarcadas en el término fauna a todas aquellas especies animales no comprendidas en el concepto de animales domésticos<sup>2</sup>. A estos últimos dedica protección frente al maltrato el art. 337 CP, cuyo apartado 1 contempla como cláusula de cierre del objeto del delito «cualquier animal que no viva en estado salvaje». La protección penal de estos animales se completa en el art. 337 bis CP ante conductas de abandono. En consecuencia, los delitos referi-

<sup>1</sup> En adelante, CP.

<sup>2</sup> Fue en su momento la Ley Orgánica (en adelante, LO) 15/2003 la que introdujo en la rúbrica del Capítulo IV del Título XVI del Libro II CP la referencia explícita a los animales domésticos (junto a la flora y fauna), tipificando por primera vez el delito de maltrato de animales domésticos, contribuyendo así, en opinión de la doctrina mayoritaria, a 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 el Título XVI del Libro II del CP (el medio ambiente). Entre otros, MUÑOZ LORENTE, José (2004), pp. 31 s., 43; el mismo (2007), pp. 311 s.; TORRES FERNÁNDEZ, Elena (2010), apartado II; HAVA GARCÍA, Esther (2011), pp. 277 ss.

dos a la protección de la fauna abarcan exclusivamente a animales que viven en estado salvaje o silvestre<sup>3</sup> (no siendo, estos últimos, objeto de protección a través de los tipos de maltrato animal<sup>4</sup>).

Más allá de esta delimitación, solo cabe advertir en la ley penal dos criterios auxiliares de definición de la fauna penalmente protegida en los respectivos tipos delictivos. El primero de ellos toma en cuenta la clasificación de la especie de que se trate, bien como fauna autóctona<sup>5</sup>, o bien como especie protegida o catalogada en peligro de extinción<sup>6</sup>; para lo cual habrá que remitirse (en principio) a la correspondiente normativa administrativa que define unas y otras categorías. El segundo de los criterios, complementario del anterior, deriva de las propias conductas incriminadas y los posibles objetos directos de las respectivas actividades descritas a través de los verbos típicos. En este sentido, y refiriéndonos ya en concreto al art. 335 CP, que constituye el objeto principal de estudio en este trabajo, el legislador emplea los verbos de «cazar» y «pescar» en su apartado 1, junto a los que añade en el apartado 2 el de «realizar actividades de marisqueo relevantes».

La incriminación expresa e independiente de las actividades de marisqueo relevantes (concurriendo, además, las restantes circunstancias expresadas en el tipo) es obra de la reforma operada por la LO 1/2015 y permite anticipar ya la consideración del marisqueo como actividad particular y distinta de las -hasta ese momento ya incriminadas- conductas de caza y pesca.

En efecto, tratándose del marisqueo, concurren toda una serie de condiciones que lo definen y caracterizan como particular actividad extractiva de recursos hidrobiológicos. Las especies concretas a las que afecta, el hábitat o zona geográfica donde estas se desarrollan (y, por ende, donde se capturan), así como, sobre todo, el régimen administrativo de gestión de explotación, producción y conservación de estos recursos vivos, determinan en gran medida la tutela penal dispensada a través de la nueva modalidad típica contemplada en el art. 335.2 CP<sup>7</sup>. Compre-

<sup>3</sup> En este sentido, ya la SAP Baleares 49/2002, de 30 de marzo, entendió que no constituía delito contra la fauna el hecho de abatir un halcón que, habiendo sido criado en cautiverio, pertenecía en propiedad a una persona que lo seguía adiestrando para la práctica de la cetrería, motivo por el cual no podía catalogarse como fauna silvestre o salvaje, a la que exclusivamente se protege en el art. 334 CP.

<sup>4</sup> Así queda de manifiesto en el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Huesca, de 11 de marzo de 2019 (recurso 14/2018), al confirmar el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones por delito de maltrato animal ante unos hechos denunciados consistentes en conductas de maltrato con ensañamiento y con resultado de muerte de un zorro en un coto de caza. En el caso, además, los hechos tampoco encajarían en el delito de caza ilegal del art. 335 CP, pues el denunciado era socio del coto de caza en el que estaba autorizada la caza del animal en cuestión.

<sup>5</sup> Así se deriva de la previsión de castigo penal en el art. 333 CP de las conductas de introducción o liberación de especies de fauna no autóctona. Sobre los conceptos de fauna autóctona o alóctona, vid. básicamente, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y el Real Decreto (en adelante, RD) 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo español de especies exóticas invasoras.

<sup>6</sup> Es el caso del art. 334 CP.

<sup>7</sup> Según HAVA GARCÍA, Esther/MARQUÈS I BANQUÈ, María (1999), p. 67, la «tutela administrativa determina, a su vez, el tipo de tutela penal que reciben esas especies».

der las particularidades fenomenológicas y criminológicas de las actividades referidas al marisqueo ilegal -a cuyo fin se dedica en concreto el contenido del apartado II. del trabajo- resulta fundamental para descubrir la razón de ser de la nueva incriminación. En tal sentido, el presente estudio se justifica por la necesidad de analizar el ámbito de aplicación real de las respectivas figuras delictivas a partir de los supuestos que «de facto» se producen en la práctica<sup>8</sup>, con vistas a una elaboración de criterios hermenéuticos de carácter sistemático y general, así como a una valoración de su concreta incriminación.

El apartado III. se ocupa de describir la sinuosa senda seguida por el art. 335 CP desde su redacción original en el texto de 1995 hasta su tardía y extemporánea declaración de inconstitucionalidad, sucedida en fechas muy posteriores a la entrada en vigor de una redacción modificada del precepto, en virtud de la LO 15/2003. Realizar una aproximación a las discusiones y conclusiones alcanzadas, en ese período anterior a 2015, en relación con la posibilidad de castigar penalmente las conductas de furtivismo a través del art. 335 CP (en sus distintas versiones), constituye un paso previo y necesario para el adecuado entendimiento del precepto hoy en vigor, al que resultarán de aplicación muchos de los avances alcanzados en la interpretación del precepto en sus versiones anteriores.

Por su parte, la incriminación específica del marisqueo furtivo en el actual art. 335.2 CP tiene tras de sí una historia particularmente vinculada a la Comunidad Autónoma de Galicia desde hace (al menos) casi dos décadas. En atención al papel que, a todas luces, parece haber jugado esa concreta problemática del litoral marítimo del noroeste peninsular en la creación del nuevo tipo penal es asimismo previsible que sea en ese territorio donde el nuevo delito despliegue su mayor efectividad, ya sea a nivel preventivo general, o ya de aplicación práctica concreta.

La anterior intuición aparece respaldada por el hecho conocido de que ya con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de 2015, las coordenadas sociopolíticas y económicas en que se inserta el marisqueo furtivo en las comunidades afectadas vinieron a urgir la intervención punitiva en la lucha contra esa problemática. Las vías concretas a través de las cuales, efectivamente, el Derecho penal ha venido actuando para combatir a los furtivos deben hoy reconsiderarse. El apartado IV. asume la tarea de esclarecer en qué medida la apelación a la seguridad alimentaria del marisco extraído fuera de las vías legales ha servido como pretexto –o, según otros, como argumento justificativo- para criminalizar, a través del delito de fraude alimentario (en concreto, del art. 363.3 CP), el incumplimiento de la normativa administrativa en materia de extracción de determinadas especies marisqueras. Para ser exactos habría que aclarar que, en realidad, la tacha de insalubridad –y consiguiente imputación y condena de mariscadores furtivos- solo ha sido posible en relación con una especie en concreto: la vieira (*pecten maximus*). Las razones

<sup>8</sup> En este sentido, HAVA GARCÍA, Esther/MARQUÈS I BANQUÈ, María (1999), p. 65.

particulares por las que esto ha sido así serán oportunamente apuntadas en el correspondiente apartado.

Todo este escenario previo nos coloca en el lugar adecuado para llevar a cabo el análisis de la concreta tipificación del delito de marisqueo furtivo en el vigente art. 335.2 CP, lo que nos proponemos asumir en el apartado V.

## II. El furtivismo marino

### 1. *Las actividades de pesca y marisqueo*

En sentido amplio, coincidiendo con la definición ofrecida por el diccionario de la RAE, el concepto de «pesca» abarca sin distinción a todo el conjunto de actividades extractivas de peces y animales acuáticos<sup>9</sup>. Desde el punto de vista jurídico, el concepto viene determinado por las finalidades del Derecho de pesca, que aspira a regular el aprovechamiento ordenado de determinados animales y su conservación en los respectivos espacios vitales. En España la regulación jurídica de la actividad pesquera está determinada, dentro del marco constitucional, por las competencias atribuidas respectivamente al Estado Central y a las Comunidades Autónomas. En este contexto juegan un papel fundamental los conceptos de «pesca en aguas interiores», «pesca marítima» y «ordenación del sector pesquero», expresiones constitucionales que han sido objeto de una progresiva delimitación a través de la doctrina del TC en relación con las competencias que, sobre cada una de las materias, les corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas<sup>10</sup>.

En primer lugar, el art. 148.1.11.<sup>a</sup> de la Constitución Española<sup>11</sup> establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial. Como consecuencia de tal habilitación, y por lo que se refiere ahora concretamente al marisqueo, todas las Comunidades Autónomas constituidas en el litoral y en los archipiélagos han materializado esa facultad constitucional, asumiendo expresamente competencias en la materia<sup>12</sup>. El hecho de que ninguna de las Comunidades

<sup>9</sup> Para ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos (2006), p. 355, en interpretación del art. 334 CP, «por ‘pescar’, siguiendo la acepción común del término, debe entenderse ‘sacar o tratar de sacar del agua peces y otros animales útiles al hombre’».

<sup>10</sup> CHAPELA PÉREZ, María Rosa (1997), *pássim*.

<sup>11</sup> En adelante, CE.

<sup>12</sup> Art. 27.15 de la LO 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia; art. 10.1.13 de la LO 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias; art. 24.12 LO 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria; art. 10.10 LO 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco; art. 119 LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; el art. 49.1.17.<sup>a</sup> LO 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; art. Diez.Uno.9 LO 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia; art. 48.2 LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; art. 30.22 de la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; art. 30.5 LO 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias. Por lo que se refiere a las Ciudades Autónomas de Ceuta y de Melilla, y de acuerdo

Autónomas del interior peninsular haya hecho mención a esa competencia en concreto en sus respectivos Estatutos de autonomía resulta revelador de que la denominación de «marisqueo» queda reservada exclusivamente a la actividad extractiva que se lleva a cabo en aguas marítimas, mientras que la extracción de crustáceos o cualquier otro tipo de especies en ríos o lagos ha de comprenderse en el concepto de «pesca» fluvial o lacustre<sup>13</sup>.

Por su parte, en segundo lugar, el art. 149.1.19.<sup>a</sup> CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de «pesca marítima», sin perjuicio de las competencias que en la «ordenación del sector» se atribuyan a las Comunidades Autónomas.

Los problemas de definición de las actividades de pesca y marisqueo derivan, en primer lugar, de que las respectivas fórmulas empleadas por el constituyente en la redacción de los arts. 148.1.11.<sup>a</sup> y 149.1.19.<sup>a</sup> resultan imprecisas. Por lo que se refiere a la pesca, el art. 148.1.11.<sup>a</sup> CE fija expresamente el ámbito espacial de actuación de las Comunidades Autónomas competentes refiriéndolo a las aguas interiores, mientras que el art. 149.1.19.<sup>a</sup> CE, en relación con el ámbito competencial estatal, no manifiesta más que la atribución genérica de la competencia sobre la actividad de la pesca marítima, sin concreción espacial alguna<sup>14</sup>. Y por lo que se refiere al marisqueo, se trata de una actividad cuya competencia se atribuye en exclusiva a las Comunidades Autónomas, aunque sin especificar el art. 148.1.11.<sup>a</sup> CE si tales competencias resultan restringidas o no a las aguas interiores. En definitiva, la distribución así operada permite deducir la existencia de varios criterios rectores del reparto de competencias, atendiendo en un caso a la actividad y, en otro, al ámbito espacial de aplicación<sup>15</sup>. Junto a ello, resulta también necesario diferenciar los dos conceptos competenciales que se recogen en el art. 149.1.19.<sup>a</sup> CE, que son el de pesca marítima y el de ordenación del sector pesquero. Y aun, en relación con el régimen competencial aplicable a la pesca marítima debe tenerse en cuenta asimismo (entre los títulos competenciales concurrentes) la declaración constitucional de la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental como bienes de dominio público de titularidad estatal (art. 132.2 CE).

con su peculiar régimen de autonomía, establecido de acuerdo con lo previsto en el art. 144.b) CE, las competencias en materia de «acuicultura y marisqueo» se recogen respectivamente en el art. 21.1.9.<sup>a</sup> de la LO 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta, y en el art. 21.1.9.<sup>a</sup> de la LO 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla.

<sup>13</sup> En este sentido, la SAP Burgos de 20 de diciembre de 1999 (ARP 1999/4889) condenó a dos acusados por un delito del art. 335 CP en la modalidad de «pesca», por capturar cangrejos en un arroyo de la provincia de Burgos. La sentencia se apoya para ello en la Orden de la Consejería de Agricultura Ganadería y Montes de Castilla y León de 21 de junio de 1985, que en materia de pesca fluvial regula las normas para la protección y conservación de las poblaciones cangrejo de río autóctono, estableciendo la prohibición absoluta de «pesca» del cangrejo de río. De hecho, resulta común en las normativas (autonómicas) sobre pesca fluvial abarcar dentro del concepto de «pesca» a todas las especies y seres vivos que habitan en las aguas continentales.

<sup>14</sup> CHAPELA PÉREZ, María Rosa (1997), II.1.

<sup>15</sup> GARCÍA PÉREZ, Marta/BARRIO GARCÍA, Gonzalo (2001), p. 911.

De este modo se suscitan toda una serie de cuestiones (en parte interrelacionadas) que -al menos, de entrada- no resultan claras y que, como se ha apuntado, han sido objeto de una jurisprudencia constitucional que tampoco ha sido lineal en su evolución<sup>16</sup>. De manera sintética, seleccionaremos aquí aquellas que resultan más relevantes a los efectos de este trabajo, y, en particular, a los efectos de delimitar, en este apartado, las actividades de pesca y marisqueo, como requisito previo y necesario para comprender los tipos penales objeto de estudio.

Un primer aspecto que, sin embargo, parece mayoritariamente pacífico es que positivamente es posible actividad de pesca en aguas marítimas interiores, siendo esta actividad competencia de las comunidades autónomas. Más problemática se plantea, en cambio, la cuestión de si es posible concebir actividades de marisqueo en aguas exteriores (y en ese caso, cuál de las administraciones resulta competente en relación con esa actividad). Asimismo se cuestiona si, dentro del concepto de pesca marítima, debe contemplarse únicamente la actividad de extracción de fauna y flora del medio marino o también, junto a ello, la actividad de cría y cultivo de producción de recursos marinos vivos.

Comenzando por esta última cuestión, en relación con ella ya tuvo ocasión de pronunciarse el TC en su sentencia 103/1989, de 8 de junio, sosteniendo a respecto<sup>17</sup> que la CE ha optado por singularizar de la «pesca» las actividades de «marisqueo» y «acuicultura», atribuyéndolas a la competencia autonómica, sin circunscribir las referidas competencias a las «aguas interiores» (al contrario de lo que ocurre con la pesca). Por tanto, la acuicultura sería un título de competencia autonómica exclusiva, no circunscrito a las aguas interiores<sup>18</sup>. En otras palabras, las competencias autonómicas se extienden también a la acuicultura marina o «maricultura», de modo que el concepto de «pesca» ha de ser entendido (en términos jurídicos) en sentido estricto, como actividad meramente extractiva de recursos vivos.

Pero fue la STC 9/2001, de 18 de enero<sup>19</sup>, la que vino a fijar definitivamente los parámetros a tener en cuenta en la singularización de la actividad de marisqueo<sup>20 21</sup>.

<sup>16</sup> GARCÍA PÉREZ, Marta/BARRIO GARCÍA, Gonzalo (2001), p. 911. Sobre la cuestión, vid. también CHAPELA PÉREZ, María Rosa (1997), *pássim*; GIL CREMADES, Rafael (1999), *pássim*.

<sup>17</sup> Fundamento Jurídico 6.

<sup>18</sup> Y ello sin perjuicio, según señala el TC en la misma sentencia (Fundamento Jurídico 2), del necesario respeto por parte de la Comunidad Autónoma de las competencias que, sobre el mismo ámbito físico, ostente el Estado en virtud de alguno o algunos de los títulos competenciales que relaciona el art. 149.1 CE.

<sup>19</sup> La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno de la Nación frente a diversos artículos de la Ley del Parlamento de Galicia 6/1993, de 1 de mayo, de Pesca de Galicia (hoy derogada por la Ley 11/2008, de 3 de diciembre, de Pesca de Galicia).

<sup>20</sup> Estos parámetros se sintetizan magistralmente en el trabajo de GARCÍA PÉREZ, Marta/BARRIO GARCÍA, Gonzalo (2001), pp. 919 ss., al que ahora nos remitimos.

<sup>21</sup> Con carácter previo, resulta interesante señalar cuáles fueron las posiciones básicas alegadas por cada una de las partes en relación con la debatida cuestión de cómo había de definirse el marisqueo, a los efectos de determinar las oportunas competencias en la materia. En la posición del Abogado del Estado (en representación del Presidente del Gobierno de la Nación, que había promovido el recurso de inconstitucionalidad), el alcance del «marisqueo» debe deducirse de su significado literal y de su interpretación teleológica. En su *alcance literal*, la acción de mariscar sería «coger» («asir, agarrar, tomar») «mariscos». El término,

Esta sentencia, ahondando primeramente en lo ya señalado en la STC 103/1989 respecto a la acuicultura, explicitó definitivamente<sup>22</sup> que la competencia autonómica de marisqueo no quedaba limitada al ámbito geográfico o espacial de las aguas interiores<sup>23</sup>, concluyendo que el criterio delimitador entre ambas materias debe situarse en las *artes o técnicas que les resultan propias a cada una de ellas*. Las artes de pesca marítima permiten la actividad extractiva de especies diversas, entre ellas también de mariscos, mientras que las artes de marisqueo, sin desconocer su evolución, perfeccionamiento o innovación, han de ser específicas para la captura de mariscos y, además, de carácter selectivo, que, por ello, excluyan la de otras especies marinas<sup>24</sup>.

por tanto, excluiría la utilización de artes industriales (pesca industrial de marisco), refiriéndose en realidad a una actividad artesanal realizada en la zona marítimo-terrestre y en la zona marítima sin embarcación o con apoyo en embarcación auxiliar. En una interpretación finalista del art. 148.1.11.<sup>a</sup> CE, entiende el Abogado del Estado que la atribución de competencia estatal sobre «pesca marítima» descansa en el criterio de la unidad del caladero nacional, siendo de exclusiva competencia del Estado la regulación del recurso natural y del esfuerzo pesquero en relación con la actividad pesquera en aguas exteriores; sin que exista razón que justifique un diverso tratamiento competencial para los «pescados» y para los «mariscos», que muchas veces se encuentran reunidos en los mismos caladeros y bancos. Por su parte, los Letrados de la Junta de Galicia, aducían en relación con el «marisqueo» que su concepto ha de asentarse en tres elementos: el territorio, la actividad desarrollada y el objeto de esta. Desde la perspectiva del territorio, tomando en cuenta que según los instrumentos internacionales la soberanía del Estado ribereño se extiende al mar territorial y a la zona económica exclusiva, y teniendo en cuenta, además, que ni el art. 148.1.11.<sup>a</sup> CE ni el Estatuto de Autonomía de Galicia limitan la competencia autonómica sobre el «marisqueo» a las llamadas «aguas interiores», hay que concluir que esa competencia autonómica puede ejercerse en el ámbito de las aguas llamadas exteriores, es decir, en el mar territorial y la zona económica exclusiva. En lo relativo a la actividad del «marisqueo», apelando a los criterios hermenéuticos contenidos en el art. 3.1 del Código Civil, disienten de la interpretación restrictiva en cuanto a las técnicas tradicionales que han de caracterizar al marisqueo y, en concreto, de su limitación al «marisqueo a pie». En tercer lugar, respecto al objeto material, sostienen que la Ley 59/1969, de 30 de junio, de ordenación marisquera define el marisco en su art. 2.c) como «cualquier animal invertebrado marino susceptible de comercialización para el consumo humano», lo que implica que el marisco no se define por el lugar donde se encuentra, sino por sus características biológicas y de destino, concluyendo que la Comunidad Autónoma de Galicia puede proyectar su competencia sobre marisqueo fuera de las aguas interiores y no limitarla a técnicas tradicionales. En este sentido, y con anterioridad al dictado de la STC 9/2001, de 18 de enero, indicaba CHAPELA PÉREZ, María Rosa (2000), p. 4178 que todo parece indicar que el constituyente, al incluir el marisqueo en el art. 148.1.11.<sup>a</sup> CE lo ha hecho pensando únicamente en la actividad de «marisqueo a pie» o recolección en la zona marítimo-terrestre, en un sentido tradicional, olvidándose por tanto de un amplio sector profesional dedicado al «marisqueo a flote». Con todo, en opinión de la misma autora (ibídem, p. 4177) la extensión del marisqueo (y de las correspondientes competencias autonómicas) a las aguas exteriores no parece contradecir la letra de la CE.

<sup>22</sup> Fundamento Jurídico 9 de la STC 9/2001, de 18 de enero.

<sup>23</sup> El Tribunal sostiene que la posibilidad de extracción de marisco fuera de las rías, esto es, en zonas más alejadas del litoral, permite dar entrada a nuevas técnicas de marisqueo, no limitadas al uso de las artes tradicionales. Según el Constitucional, la delimitación entre las materias de «marisqueo» y «pesca marítima» no puede realizarse circunscribiendo la primera a su ejercicio con artes tradicionales en el ámbito de las aguas interiores, pues ello implicaría una restricción cierta de su ámbito material. No obstante –sigue razonando– tampoco se compadece con la materia de «pesca marítima» la exclusión absoluta de su esfera propia de la actividad extractiva de mariscos, de modo que esta última haya de ser configurada siempre y de modo necesario como «marisqueo». En otras palabras, es concebible la pesca marítima de marisco.

<sup>24</sup> Por lo que se refiere a la titularidad estatal del dominio público marítimo o marítimo-terrestre, la misma sentencia tiene que pronunciarse al respecto de si resulta acorde con el texto constitucional que la Comunidad Autónoma se atribuya competencia para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones (que suponen otorgamiento de usos privativos del dominio público) como título administrativo habilitante previo



A partir de lo que hasta ahora hemos apuntado, resulta mucho más fácil comprender lo previsto en la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado, que, tras limitar en su art. 1 el objeto de la ley a la pesca marítima, competencia exclusiva del Estado, define en el art. 2 como «actividad pesquera» a los efectos de dicha ley «la extracción de los recursos pesqueros en aguas exteriores, así como la de crustáceos y moluscos con artes y aparejos propios de la pesca», al tiempo que declara expresamente excluidas de esta definición las actividades de marisqueo y acuicultura, así como la pesca en aguas interiores. La Ley estatal no define qué haya de entenderse por tales «actividades de marisqueo», que (a diferencia de lo que ocurre con la pesca de mariscos en aguas exteriores) quedan excluidas de su ámbito de aplicación.

Por lo que hace al concepto de marisqueo (más allá de la delimitación constitucional apuntada), y como consecuencia precisamente de la competencia autonómica en esta materia, la definición legal de la actividad viene delimitada de manera específica en cada Comunidad Autónoma por sus respectivas leyes de desarrollo<sup>25</sup>. Si se observan las normativas autonómicas de las comunidades que han asumido competencias en materia de marisqueo se aprecian como aspectos comunes de la definición, además de la limitación de la actividad a la zona marítima o marítimo-terrestre, su configuración como una actividad extractiva orientada a la captura de moluscos, crustáceos, tunicados, equinodermos y otros invertebrados del medio marino, y que se realiza empleando artes e instrumentos específicos y selectivos para una o varias de esas especies<sup>26</sup>.

Más allá de estos elementos definitorios básicos, solo algunas regulaciones autonómicas distinguen entre marisqueo profesional y marisqueo recreativo<sup>27</sup>. Otras

para el ejercicio de las actividades de pesca, marisqueo o cultivos marinos. En este sentido (Fundamentos Jurídicos 15, 16 y 17 de la STC 9/2001, de 18 de enero), se viene a reiterar la doctrina ya plasmada en sentencias anteriores del TC, según la cual la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y que, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre ese espacio corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad. Sobre esa base, concluye el TC que resulta acorde con la CE que la Comunidad Autónoma pueda otorgar autorizaciones y concesiones para el establecimiento de instalaciones o actividades acuícolas (explotaciones de cultivos marinos) en terrenos de dominio público estatal, siempre que cuente con un preceptivo informe favorable de la Administración del Estado, en los términos que se derivan de la legislación aplicable (concretamente, de los arts. 110.b) y 112 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y las disposiciones correspondientes de su reglamento de desarrollo).

<sup>25</sup> MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María (2016), p. 413.

<sup>26</sup> Estos elementos se repiten, al menos, en las siguientes disposiciones autonómicas definitorias de la actividad de marisqueo: art. 27 de la Ley 11/2008, de 3 de diciembre, de Pesca de Galicia; art. 4 de la Ley 6/2013, de 7 de noviembre, de Pesca Marítima, Marisqueo y Acuicultura de las Islas Baleares; art. 20 de la Ley 5/2017, de 10 de febrero, de la Generalitat, de Pesca Marítima y Acuicultura de la Comunidad Valenciana; art. 21 de la Ley 2/2007, de 12 de marzo, de Pesca Marítima y Acuicultura de la Región de Murcia; art. 3.r) de la Ley 2/2010, de 18 de febrero, de Pesca y Acción Marítimas de Cataluña; art. 7 de la Ley 17/2003, de 10 de abril, de Pesca de Canarias; art. 2 de la Ley 1/2002, de 4 de abril, de Pesca, Marisqueo y Acuicultura Marina de Andalucía.

<sup>27</sup> En Islas Baleares, el art. 73 de la Ley 6/2013, de 7 de noviembre, de Pesca Marítima, Marisqueo y Acuicultura, establece: «1. El marisqueo puede hacerse con carácter profesional o recreativo. 2. Se entiende

Comunidades, sin incluir en su normativa esta distinción, prevén sin embargo como elemento de definición de la actividad marisquera que la actividad extractiva se realice con carácter habitual y con ánimo de lucro<sup>28</sup>, o con fines de comercialización<sup>29</sup>. Esto supone reconocer como actividad marisquera (al menos, a efectos normativos) únicamente la de carácter productivo o profesional.

## ***2. Aproximación a los conceptos de furtivismo, pesca ilegal y marisqueo ilegal***

El término «furtivismo» que resulta de uso común, tanto en el lenguaje coloquial como también en diversos contextos técnicos, suele emplearse para designar en principio y con carácter general la conducta de captura ilegal de especies animales. La actual normativa administrativa reguladora de las actividades de caza y pesca no emplea, sin embargo, ese concepto ni aporta una definición de furtivismo ni de furtivo.

En atención a su significado, furtivo, como adjetivo, es lo que se hace a escondidas. Etimológicamente, la procedencia latina de la voz *furtivus* remite a su vez a *furtum* o hurto<sup>30</sup>, incorporando así un referente de interés patrimonial o crematístico. Esto coincide con el hecho de que (hasta épocas relativamente recientes) el furtivismo estaba asociado únicamente a actividades de caza<sup>31</sup>, siendo esta activi-

por marisqueo profesional el que se hace con carácter habitual y con ánimo de lucro, empleando artes específicas y selectivas. 3. Se entiende por marisqueo recreativo el que se hace por entretenimiento, deporte o afición, sin ánimo de lucro. Las capturas que se obtengan en el ejercicio del marisqueo recreativo no pueden ser objeto de venta ni transacción». En desarrollo de esa Ley, la comunidad Balear cuenta con el Decreto 26/2015, de 24 de abril de 2015, por el que se regula el marisqueo profesional y recreativo en las Illes Balears (Butlletí Oficial de les Illes Balears, núm. 66, de 30 de abril de 2015, Sec. I). En el caso de Valencia, el apartado V del Preámbulo de la Ley 5/2017, de 10 de febrero, de la Generalitat, de Pesca Marítima y Acuicultura de la Comunitat Valenciana anticipa, en relación con el Título III de la Ley (dedicado al marisqueo) que «la ley aborda el marisqueo desde la perspectiva profesional, sin perjuicio de lo que pueda resultar del régimen de la pesca de recreo», y el texto no prevé una regulación específica del marisqueo de recreo. Por su parte, el Decreto 41/2013, de 22 de marzo, del Consell, por el que se establecen las normas sobre la pesca marítima de recreo de la Comunitat Valenciana, sólo contiene al respecto del marisqueo una referencia (en su art. 9) a la prohibición de utilización o tenencia a bordo, en pesca marítima de recreo desde embarcación, de artes, aparejos, útiles o instrumentos propios del marisqueo profesional distintos a los aparejos expresamente permitidos en el artículo anterior para la pesca marítima de recreo. En Canarias, el art. 7 de la Ley 17/2003, de 10 de abril, de Pesca de Canarias, distingue entre marisqueo profesional (entendiendo por tal el realizado con carácter habitual y ánimo de lucro) y marisqueo de recreo (aquel que se realiza por entretenimiento, deporte o afición, sin ánimo de lucro, y sin posibilidad de venta ni transacción de las capturas obtenidas).

<sup>28</sup> Estos elementos aparecen en la definición legal de «marisqueo» contenida en el art. 21 de la Ley 2/2007, de 12 de marzo, de Pesca Marítima y Acuicultura de la Región de Murcia.

<sup>29</sup> Es el caso de Galicia (art. 27 de la Ley 11/2008, de 3 de diciembre, de Pesca de Galicia) y de Cantabria (art. 2 del Decreto 178/2003, de 9 de octubre, por el que se establece la regulación marisquera de la Comunidad Autónoma de Cantabria).

<sup>30</sup> En este sentido, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel (1968), p. 506.

<sup>31</sup> Así, por ejemplo, la Circular 1/1990, de 26 de septiembre de la Fiscalía General del Estado, sobre contribución del Ministerio Fiscal a la investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente (disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/95dde610-a07e-cab5-414a-b362f99eb7ac>, consultado por última vez el 19/09/2019) dedica un apartado específico al «furtivismo», refiriéndose en exclusiva a actividades de caza (pp. 478 ss.)

dad un privilegio de determinadas clases sociales. En este contexto, la legislación de caza se orientaba principalmente a la salvaguarda de los intereses de los propietarios de los terrenos cinegéticos, con un sentido individualista, que no se daba sin embargo en el ámbito de la pesca<sup>32</sup>.

Por ello, si nos referimos al furtivismo marino podemos afirmar que estamos ante una realidad mucho más reciente, pues solo empieza a manifestarse y cobrar relevancia desde que la regulación administrativa se ocupa de imponer restricciones a la explotación y extracción de recursos marinos atendiendo (aunque no solo) a criterios de sostenibilidad de las especies, algo que no se produce hasta bien avanzado el siglo XX. Hasta ese momento, la práctica tradicional de libre acceso a los recursos marinos constituía la forma ordinaria de uso común del mar, con carácter universal y sin restricciones<sup>33</sup>.

El furtivismo marino (o furtivismo de los recursos marinos) ha sido definido como la transgresión voluntaria de las ordenaciones pesqueras<sup>34</sup>, o la extracción de frutos del mar infringiendo las normas vigentes<sup>35</sup>. En este sentido el furtivismo en el mar abarcaría todos los niveles de pesquerías nacionales e internacional, si bien normalmente el sustantivo o adjetivo de furtivo se encuentra asociado únicamente a las actividades de marisqueo<sup>36</sup>, siendo infrecuente referirlo a la pesca. Esta cuestión terminológica ya permite anticipar que la extracción ilegal de recursos marinos vivos presenta escenarios claramente diversos –tanto por sus características específicas como por sus dimensiones– en función de si se refiere a la pesca o al marisqueo.

Aun cuando se hace referencia a la pesca ilegal, algún autor distingue claramente entre la pesca ilegal que se podría calificar como tradicional (refiriéndose a aquella que se desarrolla de manera básicamente individual y esporádica, resultado del incumplimiento de la normativa en materia pesquera) y aquella pesca ilegal que evoluciona «hacia una criminalidad más cooperativa, hacia el crimen como empresa, hacia, en fin, el crimen organizado»<sup>37</sup>. Se alude, en este último caso, a la denominada «pesca ilegal, no declarada y no reglamentada», que es la que se desarrolla

<sup>32</sup> Vid. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel (1968), 511; MUÑOZ LORENTE, José (2001), p. 79.

<sup>33</sup> Como señala MAHOU LAGO, Xosé María (2008), p. 93, hasta bien adentrado el siglo XX el mar era percibido por los gobiernos y por la comunidad científica como una fuente inagotable de recursos, limitándose la intervención pública exclusivamente al reconocimiento y aplicación por parte del Estado ribereño del viejo principio de «libre acceso» a los caladeros. En el caso concreto del sector pesquero gallego, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gonzalo/MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo/GUEDES ALCOFORADO, Ihering (2014), p. 55, señalan la falta de regulación formal, las situaciones de libre acceso efectivo y los conflictos constantes entre los usuarios de los recursos marinos durante las décadas de 1970 y 1980 del siglo XX.

<sup>34</sup> Así, con ulteriores referencias, MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo/RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gonzalo/BANDE RAMUDO, Roberto (2017), p. 233.

<sup>35</sup> GONZÁLEZ VIDAL, Manuel (1989), p. 409.

<sup>36</sup> GONZÁLEZ VIDAL, Manuel (1989), 408. Este autor señala al respecto que, de ese modo, se está reduciendo la dimensión del problema al eslabón más débil de la cadena de pescadores (mariscadores y pescadores artesanales).

<sup>37</sup> SOBRINO-HEREDIA, José Manuel (2014), p. 148.

principalmente en la zona económica exclusiva sin licencia o autorización del Estado correspondiente, o en alta mar sin licencia de la Organización Regional de gestión de la pesca competente o incumpliendo la normativa internacional, y que en el ámbito de la UE constituye un problema de especial preocupación por cuanto constituye una amenaza para la explotación sostenible de los recursos acuáticos vivos y socava los cimientos mismos de la política pesquera común<sup>38</sup>.

Por tanto, la pesca marítima tiene en esencia una dimensión supraestatal que condiciona su propia definición como actividad claramente internacional y, en tal medida, directamente dependiente de una regulación a ese mismo nivel internacional<sup>39</sup>. En este sentido, las actividades ilícitas relacionadas con pesca ilegal aparecen en muchas ocasiones vinculadas con otras actividades criminales y otro tipo de *maritime crimes* como terrorismo, piratería o tráfico de personas, drogas y armas<sup>40</sup>. Esto determina que las actividades de pesca ilegal comporten serias dificultades para ser reprimidas a través del Derecho penal<sup>41</sup>, pues en muchas ocasiones escapan ya a la jurisdicción de los tribunales penales españoles<sup>42</sup>.

Como señala VALEIJE ÁLVAREZ, la europeización de la actividad pesquera viene marcada por un dominio absoluto de la normativa extrapenal, correspondiendo el protagonismo por el momento en este ámbito al derecho administrativo sancionador<sup>43</sup>. Algunos autores han distinguido en materia de pesca y actividades marítimas tres escenarios básicos a efectos de gobernanza en la gestión de recursos marinos: por un lado, las pesquerías artesanales y de ámbito local, con un sistema de gobernanza asentado en competencias estatales; en segundo lugar, las pesquerías en aguas comunitarias, con competencias asumidas por la UE, y finalmente las pesquerías en aguas internacionales y de terceros países, en donde las competencias corresponden a un tercer país o a un organismo internacional de-

<sup>38</sup> Entre los instrumentos regionales europeos destinados a combatir la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, cabe destacar (entre otros) el Reglamento (CE) 1005/2008, del Consejo, de 29 de septiembre de 2008, por el que se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar a pesca ilegal, no declarada y no reglamentada y el Reglamento (CE) 1010/2009, de la Comisión, de 22 de octubre de 2009, que establece normas de desarrollo del Reglamento (CE) 1005/2008, del Consejo. Al respecto, vid. MORELLE HUNGRÍA, Esteban (2017), p. 7.

<sup>39</sup> CHAPELA PÉREZ, María Rosa (1997), I.1.

<sup>40</sup> LIROLA DELGADO, Isabel (2018), pp. 855, 864. Sobre la vinculación entre pesca ilegal y explotación laboral en el sector pesquero, vid. VALEIJE ÁLVAREZ, Inma (2018a), pássim.

<sup>41</sup> Y esto determina que en materia de lucha contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, surjan otros mecanismos de solución al margen del Derecho penal, como puede ser la aplicación de medidas comerciales multilaterales destinadas a limitar o impedir el acceso a los mercados del pescado y los productos pesqueros. Al respecto vid. URBINA, Julio Jorge (2017), pássim. No faltan autores, sin embargo, que apelan a la necesaria intervención punitiva en este ámbito. Al respecto (con una propuesta, cuando menos, discutible) SOBRINO-HEREDIA, José Manuel (2014), pp. 164 ss.

<sup>42</sup> Buen ejemplo de ello es la STS 974/2016, de 23 de diciembre, que decreta el sobreesimiento libre por falta de jurisdicción de los tribunales españoles en relación con los hechos que habían sido objeto de querrela del Ministerio Fiscal, consistentes en la pesca de merluza negra en aguas internacionales del Océano Antártico por parte de buques españoles bajo pabellón guineano de conveniencia. Sobre esta cuestión, vid. VALEIJE ÁLVAREZ, Inma (2018a), p. 1006.

<sup>43</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inma (2018), p. 713.

pendiente de las Naciones Unidas<sup>44</sup>. Ciertamente, parece ser en el segundo de los escenarios donde más se deja sentir la incidencia de sanciones administrativas europeas. No obstante, la conjunción de la política pesquera común y la política marítima integrada en el contexto de la UE alcanza también en aspectos sensibles a las actividades de marisqueo y acuicultura. Basta señalar aquí la importancia que, para el sector marisquero y acuícola, suponen las ayudas económicas del Fondo Europeo Marítimo y de Pesca, y las implicaciones que, para el acceso a la financiación europea, pueden comportar las sanciones (aun autonómicas) que se hubieren impuesto por capturas de marisco sin respetar las tallas legales<sup>45</sup>.

En todo caso, atendiendo a los espacios marinos en que se desarrolla el marisqueo, este no genera problemas de Derecho internacional ni plantea obstáculos para su represión a través del Derecho penal interno.

Como fuere, y por todo cuanto ha quedado expuesto, la denominación de «furtivismo», como fenómeno descriptivo de actividades ilícitas de extracción de recursos marinos, queda circunscrito principalmente a las actividades de marisqueo.

Limitándonos ya a este contexto, y aproximándonos algo más a sus criterios definitorios, cabe advertir que el término «furtivo» o «furtivismo» está impregnado de matices concretos, vinculados –aun en el restringido ámbito regional o local en que se produce– con cierta profesionalización y cierta capacidad para afectar a las estructuras básicas de los derechos de explotación de los recursos marisqueros. La mera captura ilícita de especies, pero esporádica o no sostenida en el tiempo y/o con fines puramente recreativos no es una realidad en la que se esté pensando cuando se utiliza el término de furtivismo. En definitiva, la denominación parece reservarse para aquellas prácticas que, incumpliendo la normativa administrativa reguladora de las actividades de marisqueo, comportan o pueden comportar perjuicios económicos y sociales, a través de la distorsión del mercado del sector<sup>46</sup>.

### **3. Incidencia específica del furtivismo en la actividad de marisqueo**

Para comprender por qué el furtivismo tiene una incidencia especial en las actividades de marisqueo es necesario tener presente, en primer lugar, que la historia del marisqueo como actividad productiva, rentable y regulada es relativamente reciente<sup>47</sup>. Hasta bien entrado el siglo XX la recogida de moluscos en las playas y

<sup>44</sup> VARELA LAFUENTE, Manuel/GARZA GIL, María Dolores (2017), p. 63.

<sup>45</sup> Art. 10 del Reglamento (UE) n.º 508/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo al Fondo Europeo Marítimo y de Pesca.

<sup>46</sup> Como sostienen MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo/RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gonzalo/BANDE RAMUDO, Roberto (2017), 2., los efectos socioeconómicos negativos del furtivismo no solo afectarán a los resultados de la actividad base y a los intereses de las mariscadoras y mariscadores, sino también a las relaciones inter-industriales del marisqueo.

<sup>47</sup> La única especie de bivalvo que tiene una larga trayectoria histórica de aprovechamiento y valor comercial es la ostra plana (*Ostrea edulis*), cuya utilización gastronómica se remonta como mínimo a la época de los romanos, y que ya desde antiguo empieza a suscitar preocupación por sobreexplotación, generando

arenales constituía una actividad secundaria a la pesca, claramente marginal y sin apenas rendimiento económico<sup>48</sup>. Solo a partir de los años 60 del siglo XX fueron adquiriendo valor en el mercado estas nuevas especies-recurso de la actividad marisquera hasta pasar a convertirse en artículos de lujo, con una demanda en aumento del producto en fresco y una elevada cotización en lonja<sup>49</sup>. Por ello el origen del furtivismo como problema endémico del marisqueo está ligado precisamente a la revalorización del marisco a mediados del s. XX, unido a la situación de un sector que carecía de normas de ordenación<sup>50</sup>. La regulación administrativa de la explotación de los recursos marinos conforme a criterios de racionalidad biológica y económica llega tardíamente a los recursos marisqueros<sup>51</sup>.

Junto a ello, las propias características de la actividad de marisqueo lo convierten en una actividad particularmente propicia y permeable al furtivismo. Por un lado, el furtivismo es fácil de practicar por la facilidad de acceso y extracción de los recursos, al no exigir ni inversión de capital ni alto grado de especialización técnica, salvo en algunos casos concretos (como puede ser el furtivismo del percebe, que sí exige equipos y embarcaciones especiales, así como un buen conocimiento del mar y del trabajo extractivo). En las formas más elementales de marisqueo los medios de producción en las actividades de extracción y captura de los recursos marinos apenas están mecanizados, y hasta épocas relativamente recientes, se trataba de una actividad caracterizada por una ausencia total de ejercicio empresarial<sup>52</sup>. En concreto, el marisqueo a pie que se realiza en la zona intermareal para la captura de determinados bivalvos (por ejemplo, el berberecho

propuestas de empleo de técnicas de cultivo (ostricultura). Al respecto, vid. PARDELLAS DE BLAS, Xulio/FERNÁNDEZ CORTÉS, Francisco (1996), p. 163.

<sup>48</sup> Se trataba de especies infravaloradas que se destinaban, bien al propio alimento familiar en los meses en que los temporales impedían la pesca o bien a las fábricas de conserva. Como señala BROULLÓN ACUÑA, Esmeralda (2010), pp. 378 s., «(...) las orillas han sido históricamente explotadas por una multitud de grupos domésticos que, mayoritariamente, buscaban un ingreso adicional a la siempre desigual campaña o marea realizada por el hombre, esposo o padre en el mar». En gran medida, este origen es el que ha determinado que el oficio del marisqueo se mantenga, hasta el día de hoy, como sector fuertemente feminizado. Al respecto, vid. FRANGOUES, Katia/MARUGÁN PINTOS, Begoña/PASCUAL-FERNÁNDEZ, José J. (2008), *pássim*; MARUGÁN PINTOS, Begoña (2012), *pássim*; RED ESPAÑOLA DE MUJERES EN EL SECTOR PESQUERO (2016), p. 6.

<sup>49</sup> PARDELLAS DE BLAS, Xulio (1992), 280; FRANGOUES, Katia/MARUGÁN PINTOS, Begoña/PASCUAL-FERNÁNDEZ, José J. (2008), pp. 224 s.

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ CORTÉS, Francisco (1993), 8; MARUGÁN PINTOS, Begoña (2012), pp. 84 s.

<sup>51</sup> MAHOU LAGO, Xosé María (2008), p. 93. En este sentido apunta GONZÁLEZ VIDAL, Manuel (1989), pp. 415 ss., que es la concepción capitalista, y su asociada necesidad de abastecimiento continuado de materias primas, lo que inicialmente motiva a la Administración a procurar el incremento y conservación de estos recursos, capitalizando un sector primario. La Ley de Ordenación Marisquera de 1969 habría dado lugar a un proceso de concentración monopolista de la producción marisquera que traería como consecuencia la depauperación de la población marinera que hasta entonces faenaba en las zonas ahora sometidas a concesión de la clase comerciante, abocándole al furtivismo como expresión de autodefensa y subsistencia. En opinión conclusiva de este autor (*ibídem*), «el furtivismo es provocado, no innato de la naturaleza del gallego, por las presiones exteriores de dominio social a que está sometido por una clase que se apoya en legislaciones adecuadas para ella y en instrumentos institucionales a su servicio».

<sup>52</sup> PARDELLAS DE BLAS, Xulio (1990), p. 6; PARDELLAS DE BLAS, Xulio/ FERNÁNDEZ CORTÉS, Francisco (1996), p. 168.

y la almeja fina) resulta fácilmente accesible a cualquier persona y no precisa ningún tipo de instrumento especial<sup>53</sup>. Pero aun incluyendo otras formas de marisqueo (con embarcación o por inmersión) la accesibilidad deriva de que el marisqueo aprovecha el recurso marino más próximo y está ligado a un área geográfica muy determinada<sup>54</sup>.

Por otro lado, los furtivos son muchos y heterogéneos. La tipología de los furtivos es muy variada, abarcando tanto habitantes de las zonas costeras, como turistas de temporada o personas que practican el buceo recreativo, hasta personas que se dedican profesionalmente al furtivismo (en ocasiones, actuando en grupos bien organizados), o incluso furtivos «internos» que pertenecen al sector profesional (miembros de las propias cofradías), además de los furtivos para autoconsumo o los que lo hacen por pura necesidad<sup>55</sup>.

Otro factor señaladamente propicio para la pervivencia del furtivismo en el marisqueo es que existen vías de comercialización consolidadas para el marisco ilegal<sup>56</sup>. Existe un mercado negro consolidado dispuesto a absorber grandes cantidades de marisco ilegalmente extraído, asociado a redes de venta y distribución que varían en su sofisticación y que van desde la venta directa a los consumidores hasta complejas redes de comercialización que involucran a extractores, productores, hosteleros, depuradoras, parques de cultivo e, inclusive, a las propias lonjas y a sus responsables<sup>57</sup>.

Por su parte, la percepción social en relación con el marisqueo furtivo es ambivalente, existiendo cierta aceptación social del furtivismo<sup>58</sup>. Asimismo, el furtivismo marisquero está caracterizado por la dificultad de control, detección y castigo de los furtivos. Por una parte, debido a la vasta extensión de territorio en que puede producirse. Y por otra parte en la falta de una actuación policial de control unificada y coordinada<sup>59</sup>. Las limitadas competencias de guardacostas y guardapescas les hacen dependientes del apoyo de Policía y Guardia Civil para llevar a cabo identificaciones, registros e incautaciones, a lo que habría que añadir las presiones de las propias cofradías sobre los vigilantes privados, para que no sancionen a socios que practiquen furtivismo (con el dato añadido de que son las

<sup>53</sup> PARDELLAS DE BLAS, Xulio/ FERNÁNDEZ CORTÉS, Francisco (1996), 164; MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo (2018), pp. 46 s.

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ CORTÉS, Francisco (1993), p. 4.

<sup>55</sup> MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo/RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gonzalo/BANDE RAMUDO, Roberto (2017), 4.2.; MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo (2018), pp. 47-49.

<sup>56</sup> GONZÁLEZ VIDAL, Manuel (1989), 409, p. 413.

<sup>57</sup> MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo/RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gonzalo/BANDE RAMUDO, Roberto (2017), 4.3.; MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo (2018), pp. 49-52.

<sup>58</sup> En palabras de GONZÁLEZ VIDAL, Manuel (1989), p. 408, «El furtivismo es en todas y cada una de las pesquerías gallegas, en mares propios o ajenos, algo tan usual que puede considerarse como un acto social cotidiano». Sobre ello, también MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo/RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gonzalo/BANDE RAMUDO, Roberto (2017), 4.4.; MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo (2018), pp. 52 s.

<sup>59</sup> Interesante al respecto, VERCHER NOGUERA, Antonio (2018), pássim.

propias cofradías las que contratan y pagan mayoritariamente a los vigilantes, lo que deriva en su falta de independencia)<sup>60</sup>.

Otro factor que se apunta como obstáculo para hacer frente al furtivismo es la relativa ineficacia de la imposición de sanciones pecuniarias (administrativas) ante la frecuente declaración de insolvencia de los furtivos a quienes se imponen, lo que deriva –según parece percibirse– en una ostensible situación de impunidad<sup>61</sup>.

Por último (aunque, desde luego, no menos importante), resulta esencial en este apartado hacer siquiera una breve referencia al actual sistema productivo y de explotación de recursos marisqueros a través de los cultivos marinos, que ha venido a suponer una ampliación del marisqueo más allá de su concepción tradicional como captura artesanal de mariscos. Como en su día ocurrió con la recolección y la caza, que dieron lugar progresivamente a actividades de cultivo y de cría, también en el mar y la zona marítimo terrestre la simple captura de mariscos en breves períodos anuales se ha transmutado en actividades de cultivo de especies marisqueras a través de la intervención del ser humano en los procesos de crecimiento de especies<sup>62</sup>. Se trata de actividades concretas de acuicultura (o «mariscocultura»<sup>63</sup>) que consisten, bien en la instalación de artefactos flotantes (como bateas o jaulas) en la zona marítimo terrestre de dominio público, para el cultivo de especies como el mejillón o la ostra (u otras especies, aún en fase experimental o con menor desarrollo), o bien en técnicas de semicultivo o preengorde y posterior siembra de bivalvos en el lecho natural (caso de la almeja). Desde luego, existen también instalaciones de acuicultura en tierra, como criaderos o granjas continentales, pero es a la acuicultura que se desarrolla en el medio marino a la que afecta de modo directo la actividad de los furtivos<sup>64</sup>. Pues bien, desde el momento en que se implanta la acuicultura como modelo productivo y se atribuyen, consecuentemente, derechos de propiedad sobre los recursos marisqueros<sup>65</sup>, el furtivismo pasa a tener una vertiente prioritaria de lesión o menoscabo patrimonial, económico y social, quedando absolutamente relegada la afectación a la biodiversidad o a la conservación de las especies.

<sup>60</sup> MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo/RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gonzalo/BANDE RAMUDO, Roberto (2017), 4.5.; MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo (2018), pp. 53-56.

<sup>61</sup> RED ESPAÑOLA DE MUJERES EN EL SECTOR PESQUERO (2016), p. 110.

<sup>62</sup> CHAPELA PÉREZ, María Rosa (2000), p. 4171.

<sup>63</sup> Así lo denomina CHAPELA PÉREZ, María Rosa (2000), p. 4173, adoptando la terminología francesa, con la que según la autora puede encontrar cierto parangón la actividad desarrollada en la Comunidad de Galicia.

<sup>64</sup> Como señala el estudio de la RED ESPAÑOLA DE MUJERES EN EL SECTOR PESQUERO (2016), 87, el furtivismo y el intrusismo es el problema de la profesión percibido con mayor preocupación por el colectivo de mariscadoras, por encima de los factores biológicos y medioambientales, el precio del marisco o las enfermedades profesionales.

<sup>65</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gonzalo/MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo/GUEDES ALCOFORADO, Ihering (2014), pássim.



### III. La cuestión de la relevancia penal del furtivismo en el CP de 1995 con anterioridad a la reforma de 2015

#### 1. *La redacción original del 335 CP y su posterior inconstitucionalidad*

El cuestionamiento sobre la posibilidad de castigar penalmente la caza o pesca furtiva (entendiendo por tal la que se lleva a cabo careciendo de licencia, autorización o permiso para tales actividades) ya se planteó en relación con la redacción original del art. 335 en el CP de 1995<sup>66</sup>. Este precepto, que castigaba la conducta de caza o pesca de especies no amenazadas «no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia», suscitó severas críticas doctrinales y jurisprudenciales porque se criminalizaba una conducta por el hecho de que la misma no estuviera «expresamente» autorizada o permitida, lo que venía a conculcar principios básicos de la intervención punitiva, como el principio de fragmentariedad, el de lesividad u ofensividad y el de legalidad penal<sup>67</sup> (como tiempo más tarde reconocería el propio Tribunal Constitucional<sup>68</sup>).

En lo que se refiere a la cuestión de cómo había de interpretarse la accesoriedad administrativa contenida en el art. 335 CP puede decirse que, de manera prácticamente unánime, doctrina y jurisprudencia entendían que se trataba de una accesoriedad de Derecho (remisión al ordenamiento administrativo) y no de una accesoriedad al acto administrativo (dependiente de la existencia de una licencia concreta). Es decir, la expresión contenida en el art. 335 CP, en tanto que ley penal en blanco, debía integrarse acudiendo a las normas de Derecho administrativo, pues hacer pivotar la tipicidad sobre la ausencia de una licencia individual de caza o pesca supondría el peligro de aplicar el tipo para castigar meras desobediencias administrativas<sup>69</sup>.

No obstante, fue controvertida la cuestión de la determinación precisa de las especies que integraban el objeto material del delito; en concreto, cuáles eran las especies (no amenazadas) cuya caza o pesca no estaba «expresamente autorizada» por las «normas específicas en la materia». Una primera interpretación pasaba por entender que las especies abarcadas eran aquellas que (sin ser amenazadas) no hubieran sido declaradas formalmente como especies «cinegéticas» o «piscatorias».

<sup>66</sup> Art. 335 CP (redacción original, vigente hasta el 30/9/2004): «El que cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior (scil. especies amenazadas o catalogadas en peligro de extinción), no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses».

<sup>67</sup> Entre otros, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (1997), p. 3288; DOVAL PAIS, Antonio (1999), p. 191 (nota a pie 320); MUÑOZ LORENTE, José (2001), pp. 109 ss.; RAMOS RODRÍGUEZ, Luis (2007), p. 640.

<sup>68</sup> STC 101/2012, de 8 de mayo.

<sup>69</sup> HAVA GARCÍA, Esther /MARQUÈS I BANQUÉ, María (1999), p. 76; PRATS CANUT, Josep Miquel/MARQUÈS I BANQUÉ, María (2002), p. 1298. Sobre la accesoriedad administrativa en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente vid., entre otros, GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis (1991); DE LA MATA BARRANCO, Norberto (1996), (2000), II; FUENTES OSORIO, Juan L. (2010), (2012).

Conforme a ello, el ámbito de aplicación del tipo alcanzaría a las especies animales para las que, sin estar expresamente prohibida, tampoco estaba expresamente prevista la autorización de cazar o pescar<sup>70</sup>, llegando a calificarse por tal motivo esta conducta como «delito matamoscas o maticucarachas»<sup>71</sup>.

La segunda de las interpretaciones posibles fue la defendida por HAVA GARCÍA/MARQUÈS I BANQUÉ. Según estas autoras, el objeto material del delito venía constituido no solo por las especies anteriormente mencionadas, sino también por aquellas especies cuya caza o pesca es posible (en tanto que así lo determinen las normas administrativas, generalmente autonómicas), cuando la caza o pesca se llevase a cabo fuera de los límites establecidos en la normativa de cada Comunidad Autónoma (o, en su caso, en la normativa nacional o europea). Particularmente, entre otras, a través de las distintas órdenes anuales de veda. Así, en opinión de estas autoras, en cuanto a la accesoriedad, habría que tener en cuenta no solo la normativa que declarase la posibilidad de caza o pesca general de la especie en cuestión, sino también la normativa de veda u otro tipo de normativa de condiciones modales, temporales o espaciales de la caza o pesca de la especie en cuestión, pues el carácter autorizable de la actividad solo se podría determinar a partir de la consideración global de todas estas normas específicas en la materia. Porque esa normativa es la que acaba por asegurar la supervivencia de las especies inci-

<sup>70</sup> Como señalaba MUÑOZ LORENTE, José (2001), pp. 110 s., el art. 335 CP suponía trasladar al Código penal la prohibición general establecida en nuestro ordenamiento administrativo, según la cual estaba prohibido cazar o pescar cualquier especie, excepto las expresamente autorizadas por la Administración. En aquel momento esa prohibición estaba 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 (aun cuando, a los efectos que aquí nos interesan, es muy importante señalar que, por lo que hace a la pesca, esta Ley de 1989 solo se refería a la pesca continental, pero no a la pesca marítima). Un ejemplo de aplicación del art. 335 CP, argumentando sobre la base del art. 26 de la Ley 4/1989 que «todas las especies no autorizadas están prohibidas» en SAP Sevilla 143/2001, de 6 de junio. En la actualidad, la vigente Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad establece en el art. 54.5 una prohibición general similar de dar muerte, dañar, molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres, incluyendo (entre otras) su retención y captura en vivo. Pero según se establece en el propio artículo, para las especies de animales no comprendidos en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial ni en el Catálogo Español de Especies Amenazadas, esas prohibiciones «no se aplicarán en los supuestos con regulación específica, en especial en la legislación de montes, caza, agricultura, sanidad y salud públicas, pesca continental y pesca marítima, o en los supuestos regulados por la Administración General del Estado o las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, para su explotación, de manera compatible con la conservación de esas especies» (la cursiva es mía). Por su parte, el art. 65.1 de la ley establece una prohibición general de caza y pesca de especies, según la cual la caza y la pesca en aguas continentales solo podrá realizarse sobre las especies que determinen las Comunidades Autónomas (no afecta, por tanto a la pesca en aguas marítimas).

<sup>71</sup> MUÑOZ LORENTE, José (2007), p. 327; REQUEJO CONDE, Carmen (2010), p. 119; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (2012), p. 1220. Por tal motivo, como señala BLANCO CORDERO, Isidoro (2003), pp. 63 s., en la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales se apreciaron esfuerzos por restringir el desmesurado ámbito de aplicación literal del precepto, a través de diversas vías. Algunas resoluciones manifestaron que las acciones de cazar y pescar debían limitarse a los ámbitos cinegéticos o recreativos habituales, lo que no dejaba de ser una restricción que no se derivaba del tipo y, en consecuencia, quedaba al arbitrio de la interpretación casuística (en este sentido, SAP Girona 46/2003, de 9 de abril). En otros casos se sostenía que no bastaba con que se tratase de una especie cuya caza estuviese desautorizada administrativamente, sino que sería necesario probar la incidencia de la conducta en la conservación de la fauna del lugar garante de la biodiversidad (SAP Huelva 76/2000, de 9 de febrero; SAP Guadalajara 23/1999, de 12 de mayo).

diendo, por consiguiente, directamente sobre el bien jurídico protegido «biodiversidad»<sup>72</sup>.

Sin embargo, no fue este el criterio que se fue consolidando en la jurisprudencia. En un intento de interpretación restrictiva, el TS entendió que la captura de un ejemplar de una especie, cuya caza estaba autorizada previa licencia, pero careciendo de la misma o fuera de sus límites geográficos, temporales o cuantitativos, era constitutivo de infracción administrativa pero no integraba el delito del art. 335 CP<sup>73</sup>. En interpretación del Alto Tribunal lo sancionado en el tipo era la caza o pesca de especies para las que no existiera previsión de autorización, pero no la de aquellas especies respecto de las cuales pudiera darse tal posibilidad, por hallarse normativamente prevista, aun cuando condicionada a la obtención de una habilitación específica<sup>74</sup>. También la opinión doctrinal mayoritaria consideró penalmente atípico el furtivismo de temporada, esto es, la caza y pesca en épocas de veda<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> HAVA GARCÍA, Esther /MARQUÈS I BANQUÈ, María (1999), p. 77. También PRATS CANUT, Josep Miquel/ MARQUÈS I BANQUÈ, María (2002), pp. 1299, 1301. Anticipándonos ya al contexto específico que es objeto de estudio en este trabajo, podemos adelantar que en materia de marisqueo existen (según tiempo y circunstancias) determinadas restricciones administrativas de captura por estrictos motivos sanitarios, cuando se constata que el marisco está afectado por biotoxinas marinas que lo hacen inviable para el consumo humano. Se trata, por tanto, de restricciones que no están fundadas en motivos biológicos o de explotación sostenible (conservación de las especies), de modo que, en atención al criterio material apuntado por estos autores, esas restricciones no habrían de jugar ningún papel en el ámbito de este tipo penal.

<sup>73</sup> Así se sostiene en STS 1302/1999, de 8 de febrero de 2000, que revocó una condena por cazar dos jilgueros en Almería, especie para cuya caza el condenado no tenía licencia en Andalucía, aunque sí en la Comunidad de Murcia. En este caso, además, el TS expuso motivadamente y con rotundidad las dudas de constitucionalidad del propio art. 335 CP, si bien se abstuvo de formular entonces la oportuna cuestión de inconstitucionalidad porque en el caso concreto el fallo del recurso de casación no dependía de la validez del referido precepto, dado que el hecho declarado probado ya no resultaba subsumible en aquel. También fueron numerosas las resoluciones de Audiencias Provinciales que dejaron sentir estas dudas de constitucionalidad. Entre otras, SAP Huelva 76/2000, de 9 de febrero; SAP Málaga 80/2001, de 2 de marzo; SAP Girona 46/2003, de 9 de abril.

<sup>74</sup> El criterio apuntado se reitera en SSTS 1726/2002, de 22 de octubre y 187/2006, de 26 de febrero. En la jurisprudencia menor se acoge el mismo criterio, entre otras en SAP Navarra 172/1997, de 7 de octubre; SAP Ávila 46/1998, de 28 de mayo; SAP Asturias 574/1998, de 22 de octubre; SAP Granada 272/2000, de 29 de abril; SAP Almería 195/2000, de 5 de mayo; SAP Málaga 80/2001, de 2 de marzo; SAP Almería 44/2001, de 11 de abril; SAP Granada 353/2002, de 16 de mayo; SAP Girona 42/2003, de 8 de abril; SAP Girona 46/2003, de 9 de abril; SAP Madrid 254/2005, de 24 de mayo; SAP Tarragona 146/2007, de 20 de febrero. En sentido contrario, castigando por el delito del art. 335 CP la caza de un animal (cuya captura estaba regulada administrativamente) solo por hacerlo en período de veda o en período inhábil para el ejercicio de la caza, SAP Madrid 1/2000, de 5 de enero; SAP Álava 30/2005, de 15 de febrero. Por su parte, castigando por el mismo delito del art. 335 CP la caza (administrativamente autorizable) de animales, solo por carecer de la correspondiente autorización administrativa, SAP Almería 33/1998, de 16 de marzo; SAP Almería 58/1998, de 19 de mayo; SAP Sevilla 186/1999, de 8 de octubre. Debe señalarse que todas las sentencias citadas (incluso las dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 15/2003) se refieren a hechos ocurridos bajo la vigencia de la redacción original del art. 335 CP y enjuiciados conforme a esta ley.

<sup>75</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (1997), p. 3290; SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso (1998), p. 158; CARMONA SALGADO, Concepción (2000), p. 637; BLANCO CORDERO, Isidoro (2003), pp. 59, 64. En sentido contrario, aunque de modo sintético y no concluyente, MUÑOZ CONDE, Francisco (1996), p. 515, sostenía que «la razón de ser del precepto es la protección de la fauna frente al furtivismo y la pesca incontrolada». De modo igualmente conciso también DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2013), p. 315, apunta que «el artículo 335 fue introducido por el Código penal de 1995 para proteger la fauna frente al furtivismo y la pesca incontrolada».

Conforme a esta interpretación, el furtivismo (en cualquiera de sus manifestaciones) resultaba penalmente atípico y únicamente susceptible de represión por medio del Derecho administrativo sancionador. No constituía delito, en consecuencia, ni la caza o pesca careciendo de licencia o autorización, ni tampoco la caza o pesca llevada a cabo por el titular de la licencia o autorización pero fuera de los límites administrativamente permitidos<sup>76</sup>.

Por fin, transcurridos largos años de discusiones interpretativas y de controvertida aplicación de un precepto siempre visto con recelo, la STC 101/2012, de 8 de mayo, dando respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad que había sido planteada en julio del año 2001, declaró finalmente inconstitucional y nulo este art. 335 CP en su redacción original<sup>77</sup>. El pronunciamiento constitucional llegó tardíamente y, por ello, con una exigua trascendencia práctica, pues el precepto enjuiciado y finalmente anulado había sido ya derogado tiempo atrás por el legislador, en virtud de la LO 15/2003, de 25 de noviembre<sup>78</sup>.

En todo caso, la decisión constitucional resultó sumamente trascendente, pues, siendo la primera vez que el TC expulsaba del CP un precepto por vulneración del derecho a la legalidad sancionadora consagrado en el art. 25.1 CE, la sentencia planteaba interesantes consideraciones sobre las leyes penales en blanco y su ajuste constitucional<sup>79</sup>. El TC declaró que el art. 335 CP (en la redacción sometida a control) vulneraba el art. 25.1 CE en tanto que la norma penal no contenía el núcleo esencial de la prohibición, remitiendo íntegramente y sin ninguna precisión añadida a las normas específicas en materia de caza, de modo que «es el Gobierno, a través de normas reglamentarias y, en particular, de los correspondientes listados de especies cinegéticas, y no el Parlamento, el que en forma por completo independiente y no subordinada a la ley termina en rigor por definir libremente la conducta típica»<sup>80</sup>. Como habrá ocasión de señalar en el apartado siguiente, hay motivos para pensar que, aplicada esta doctrina a la nueva redacción del art. 335 CP dada por la LO 15/2003, el precepto habría de correr la misma suerte que su inmediato anterior.

<sup>76</sup> Recuérdese que este último supuesto sí habría de resultar punible conforme a la interpretación defendida por HAVA GARCÍA, Esther /MARQUÈS I BANQUÉ, María (1999), p. 77.

<sup>77</sup> Como ya se indicó, la tacha de inconstitucionalidad ya había sido señalada por el propio TS en STS 1302/1999, de 8 de febrero de 2000 y también ampliamente por la doctrina. Muy en particular, MUÑOZ LORENTE, José (2001), pp. 109 ss.

<sup>78</sup> Tanto es así que la noticia sobre el pronunciamiento del TC en el año 2012, declarando inconstitucional y nulo el art. 335 CP pudo incluso llevar a error a quien no hubiese leído detenidamente la sentencia del Constitucional, haciéndole creer que a partir de ese momento el entonces vigente art. 335 CP quedaba sin contenido. Tal parece deducirse de lo recogido por DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2013), p. 315, cuando, refiriéndose al art. 335 CP, le dedica únicamente unas breves líneas para hacer constar que «la reforma de 2003 introdujo algunas modificaciones y nuevos tipos penales, pero *finalmente* el Pleno del Tribunal Constitucional en su STC 101/2012, de 8 de mayo, ha declarado inconstitucional y nulo *este* precepto penal por su formulación tan abierta e indefinida» (cursiva añadida).

<sup>79</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2012), I.

<sup>80</sup> Fundamento Jurídico 5 de la STC 101/2012, de 8 de mayo.

Por último, para finalizar este apartado, y por lo que hace al objeto principal de estudio en este trabajo, cabe señalar que durante el período de vigencia del art. 335 CP en su versión original no se conocen sentencias condenatorias por marisqueo furtivo a través de este tipo penal.

## **2. La redacción del art. 335 CP tras la LO 15/2003**

La LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, supuso una extraordinaria reforma del art. 335 CP, que pasó a estar integrado por cuatro apartados<sup>81</sup>, de los que interesan ahora particularmente los dos primeros. El primero de ellos (art. 335.1 CP) se reservó para contemplar el tipo proveniente de la redacción inicial del CP de 1995, si bien, frente a la antigua exigencia de que la caza o pesca no estuvieran expresamente autorizadas, la nueva fórmula pasaba a castigar la caza o pesca de especies distintas de las indicadas en el artículo anterior «cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca». Un sector doctrinal sostenía que esto conllevaba una importante reducción del ámbito típico, al despenalizar la caza y pesca de especies para las que, no estando tales actividades específica y concretamente prohibidas, tampoco estuvieran expresamente autorizadas administrativamente<sup>82</sup>.

La modificación operada en el precepto se orientó en la dirección ya apuntada por la jurisprudencia en relación con el antiguo art. 335 CP. Concretamente, como señaló la Fiscalía General del Estado en su Circular 7/2011<sup>83</sup>, posiblemente la reforma del art. 335 CP en este extremo se debía a las consideraciones efectuadas por la Sala II del TS en la sentencia de 8 de febrero de 2000<sup>84</sup>, según la cual el principio de legalidad «exige que el ámbito de lo delictivo se concrete a las con-

<sup>81</sup> Redacción del art. 335 CP dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (en vigor desde el 1/10/2004 hasta el 1/07/2015):

«1. El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a 12 meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años.

2. El que cace o pesque especies a las que se refiere el apartado anterior en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de uno a tres años, además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo.

3. Si las conductas anteriores produjeran graves daños al patrimonio cinegético de un terreno sometido a régimen cinegético especial, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de cazar y pescar por tiempo de dos a cinco años.

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

<sup>82</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (2007), p. 487; REQUEJO CONDE, Carmen (2010), p. 119.

<sup>83</sup> Circular 7/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo, p. 38.

<sup>84</sup> STS 1302/1999, de 8 de febrero de 2000 (a esta resolución se remiten, reproduciéndola «íntegramente por su extraordinario valor explicativo», la SAP Girona 782/2002, de 5 de noviembre; SAP Girona 42/2003, de 8 de abril; SAP Girona 46/2003, de 9 de abril).

ductas ‘expresamente prohibidas’ (principio ‘pro libertate’) y no a todo aquello que, sin estar prohibido, simplemente no está ‘expresamente’ permitido»<sup>85</sup>.

En opinión de la FGE, en Circular 7/2011, con la nueva redacción del art. 335 CP los términos «expresamente prohibido» debían entenderse aplicables al supuesto de caza o pesca de especies declaradas por las Comunidades Autónomas como piezas de caza o pesca en general, pero posteriormente prohibidas (por ejemplo, al comprobarse una disminución sustancial del número de individuos de la especie) o con una prohibición específica respecto a un determinado número de ellas o en una zona (por ejemplo, de comprobarse que sufren la sarna o algún otro tipo de parásitos o enfermedad similar, etc.), así como cuando resultare aplicable el art. 62.3.d) de la Ley 42/2007<sup>86</sup>, según el cual «se podrán establecer moratorias temporales o prohibiciones especiales cuando razones de orden biológico o sanitario lo aconsejen». Pero los criterios de la Fiscalía en este documento distaban de ser claros y concluyentes. Porque, tras dejar sentado lo que acaba de exponerse, la Fiscalía acudía a los criterios jurisprudenciales desarrollados por el TS (¡pero en relación con la regulación anterior!), para sugerir la atipicidad de la caza de especies cazables realizada fuera de los períodos hábiles, lo cual -al menos, sin ulterior justificación- resultaba contradictorio.

También en la jurisprudencia menor se apreciaron resoluciones un tanto ambiguas que, resolviendo supuestos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 15/2003, aplicaron los criterios restrictivos elaborados conforme a la redacción derogada, llegando a soluciones absolutorias por delito del art. 335.1 CP ante conductas de caza en período de veda de especies animales cuya caza estaba autorizada previa licencia o permiso especial<sup>87</sup>. En otros casos, con iguales argumentos heredados de la jurisprudencia anterior (ocasionalmente actualizados y renovados) se declaró rotundamente la atipicidad de conductas de caza o pesca de

<sup>85</sup> También la STS 187/2006, de 23 de febrero, al hilo de resolución un supuesto enjuiciable conforme a la regulación anterior, y tras exponer la doctrina restrictiva que, en relación con ella, venía siendo sostenida por la jurisprudencia, apunta que «precisamente la modificación operada en el precepto por la Ley Orgánica 15/2003 se orienta en esta misma dirección, y con independencia de otros problemas ya señalados por la doctrina, lo cierto es que solo se refiere a la caza o pesca de especies no comprendidas en el artículo 334 ‘cuando esté expresamente prohibido’». Como se expondrá a continuación, esta breve afirmación del TS (en este momento y contexto) acabaría siendo decisiva en las resoluciones dictadas conforme a la nueva normativa contenida en el art. 335.1 CP

<sup>86</sup> Actualmente, art. 65.3.d) de la Ley 42/2007.

<sup>87</sup> Un ejemplo es la SAP Burgos 259/2009, de 20 de noviembre. Esta sentencia, referida a dos sujetos que abatieron un zorro en un coto de caza, recoge expresamente en los hechos probados que «el zorro es una especie cinegética que en época de veda no se puede abatir, salvo autorizaciones especiales por la Administración autonómica para el control de las poblaciones, autorización de la que carecían los acusados», así como que el día de los hechos «no era época hábil de caza». En base a ello, la Audiencia considera que, siendo autorizable la caza del zorro en determinados momentos y condiciones, la «falta de autorización» no es una «prohibición expresa», sino que en todo caso debe tener la consideración de «prohibición tácita» cuyo incumplimiento da lugar a una infracción administrativa, pero en modo alguno a la comisión de un delito. En realidad, lo que parece desprenderse meridianamente de esta resolución es que la mera falta de autorización para la actividad de caza no es suficiente para colmar el tipo penal del 335.1 CP. Lo que, en cambio, no resulta del todo claro es la cuestión relativa a la caza efectuada (con independencia de la licencia o no) en época de veda, aspecto que parece haberse orillado en esta resolución.

especies no amenazadas cuya caza o pesca no fuera objeto de una prohibición expresa, aplicable *a toda la especie en todo tiempo y lugar*, ya que si la caza o pesca de dichas especies podía ser objeto de autorización administrativa en determinadas fechas o lugares, aunque los acusados no hubieran obtenido la autorización o hubieran cazado o pescado fuera de los límites espaciales o temporales permitidos, la conducta sería atípica en una interpretación restrictiva del tipo penal. Estas resoluciones (ciertamente mayoritarias) entendían que debía interpretarse la prohibición de caza o pesca de la especie en términos absolutos, y no como prohibición temporal o bajo determinadas condiciones<sup>88</sup>. Otras resoluciones fueron muestra del paroxismo en la ausencia de criterios claros y homogéneos en la interpretación del nuevo tipo penal<sup>89</sup>. Y solo un número limitado de resoluciones opta-

<sup>88</sup> En todo caso hay que señalar que, entre las resoluciones jurisprudenciales que llegan rotundamente a esta conclusión, pueden distinguirse dos orientaciones esencialmente distintas. La primera de ellas (claramente criticable en mi opinión) viene a fundamentar sus pronunciamientos absolutorios aplicando, por puro mimetismo, los argumentos generados en resoluciones dictadas conforme a la normativa derogada. Particularmente, acudiendo a la STS 187/2006, de 23 de febrero, que, si bien fue dictada estando ya en vigor la reforma de la LO 15/2003, resolvía sin embargo un supuesto enjuiciable conforme a la regulación anterior. Es cierto –como ya se indicó en su momento– que esta sentencia, luego de exponer la doctrina restrictiva que la jurisprudencia venía aplicando a tenor del antiguo art. 335 CP, apunta textualmente (y sin más precisión) que «precisamente la modificación operada en el precepto por la Ley Orgánica 15/2003 se orienta en esta misma dirección, y con independencia de otros problemas ya señalados por la doctrina, lo cierto es que solo se refiere a la caza o pesca de especies no comprendidas en el artículo 334 ‘cuando esté expresamente prohibido’». A mi juicio, no era posible derivar de este aserto (sin mayor argumento ni explicación) conclusiones definitivas acerca de la interpretación que había de merecer la nueva dicción legal. Sin embargo, remitiéndose casi de modo exclusivo a esta sentencia (y en ocasiones, a otras anteriores) resolvieron supuestos posteriores, en sentido absolutorio, por ejemplo: SAP Tarragona 231/2009, de 28 de mayo; SAP Tarragona 309/2009, de 2 de julio; SAP Tarragona 440/2009, de 19 de octubre; SAP Tarragona 398/2010, de 19 de julio; SAP Tarragona 342/2010, de 21 de julio; SAP Tarragona 26/2010, de 21 de enero; SAP Tarragona 593/2011, de 10 de noviembre; SAP Tarragona 330/2013, de 20 de junio; SAP Tarragona 376/2013, de 24 de noviembre; SAP Tarragona 510/2013, de 21 de noviembre; SAP Tarragona 5/2014, de 9 de enero; SAP Cáceres 514/2015, de 20 de noviembre; SAP Barcelona de 19 de octubre de 2017 (JUR 2018/42227); SAP Girona 58/2018, de 29 de enero. Frente a ello, una segunda orientación jurisprudencial (a mi criterio, más legitimada que la anterior), fundamenta sus fallos absolutorios argumentando en concreto sobre la dicción legal de la nueva redacción del art. 335.1 CP. Entre ellas (con mayor o menor extensión en sus argumentos): SAP Barcelona 759/2011, de 31 de octubre; SAP Castellón 415/2012, de 6 de noviembre; SAP Madrid 36/2014, de 17 de enero; SAP Girona 37/2015, de 22 de enero; SAP Zamora 97/2015, de 3 de noviembre; SAP Zamora 102/2015, de 19 de noviembre.

<sup>89</sup> Un ejemplo de ello es la SAP Barcelona 331/2007, de 2 de mayo, que resuelve el supuesto de un sujeto que, sin autorización para ello, había cazado (en realidad, capturado) pájaros fringílidos en la Comunidad Autónoma de Cataluña en una fecha en que ya se hallaba en vigor la nueva redacción del art. 335 CP. Conforme a la normativa administrativa aplicable al caso existía una prohibición general de caza de fringílidos, aunque con carácter excepcional se contemplaba la autorización de captura de tales aves para actividades tradicionales. La Audiencia llega en el caso a un pronunciamiento condenatorio. Para alcanzar este fallo, el *iter* argumental empleado puede sintetizarse del siguiente modo: (1) La jurisprudencia del TS desarrollada conforme al antiguo art. 335 CP era clara en el sentido de excluir del tipo la caza de especies respecto de las cuales pudiera darse la posibilidad de autorización de caza, aun condicionada a un régimen especial de permisos y limitaciones. (2) La modificación operada en el precepto por la LO 15/2003 se orienta en esta misma dirección y solo se refiere a la caza o pesca de especies (no comprendidas en el art. 334 CP) cuando esté expresamente prohibido. (3) De la doctrina desarrollada por el TS se desprende que, incluso después de la modificación del art. 335 CP, y en base a que el precepto debe interpretarse restrictivamente, debe considerarse atípica penalmente la caza que tiene contemplada, por el ordenamiento jurídico, una previsión de autorización. (4) No obstante, si como ocurre en el caso, se trata de una autorización excepcional a una

ron por castigar a través del art. 335.1 CP la caza en período de veda o prohibida por circunstancias particulares<sup>90</sup>.

Como señala la SAP Córdoba 121/2018, de 4 de abril, la interpretación de la conducta típica de caza o pesca de especies distintas de las indicadas en el art. 334 CP *cuando esté expresamente prohibido*, contenida en el art. 335.1 CP, era -y sigue siendo hoy, por la relativa actualidad de la resolución citada- una cuestión jurisprudencialmente debatida<sup>91</sup>, en que la tesis mayoritaria se inclinaba por una interpretación restrictiva, excluyendo de la aplicación del precepto aquellos supuestos en que no existe una prohibición expresa y permanente de la caza, en relación con una especie concreta de animales. Frente a ello, la Audiencia de Córdoba entiende que en la interpretación gramatical del precepto no existe ninguna razón para circunscribir el adverbio «cuando» a un sentido distinto de su acepción estrictamente temporal, de manera que el tipo podría concurrir tanto si la prohibición se establece con carácter permanente como si se establece con carácter intermitente, con tal de que las normas que regulen la actividad cinegética establezcan una prohibición taxativa<sup>92</sup>.

Ciertamente, las prohibiciones de cazar o pescar una determinada especie pueden ser absolutas, o bien relativas (en atención a límites temporales, especiales, medidas o peso del ejemplar, etc.), pero existen motivos para sostener que, conforme a la nueva redacción –que en este extremo se mantiene hoy idéntica-, la caza o pesca en época de veda (también denominado «furtivismo de temporada») tiene encaje en el tipo del art. 335.1 CP<sup>93</sup>. En definitiva, si bien por un lado se produjo

actividad en general prohibida, la conducta será punible (no así cuando la autorización, aun excepcional, se contemple en el contexto de una actividad de explotación económica regulada). Otras resoluciones llegan, sin embargo, a pronunciamientos absolutorios en supuestos esencialmente idénticos de caza (captura) no permitida de pájaros fringílicos en la misma Comunidad Autónoma. Así, SAP Girona 37/2015, de 22 de enero; SAP Barcelona de 19 de octubre de 2017 (JUR 2018\42227).

<sup>90</sup> En este sentido, además de las que se citan a continuación, SAP Cádiz 280/2017, de 10 de octubre (confirma la condena por delito del art. 335.1 CP a dos sujetos por pescar angula en una zona de reserva de pesca, donde estaba prohibida toda actividad pesquera a excepción del marisqueo a pie en su zona intermarreal).

<sup>91</sup> Como se recoge en esta resolución, la divergencia jurisprudencial existente entre las Audiencias Provinciales, unido a que el asunto no había llegado al TS, motivó en el caso de la Audiencia Provincial de Córdoba la adopción de un acuerdo del Pleno de las Secciones Penales, de 9 de marzo de 2018, orientado al establecimiento de criterios interpretativos concretos en relación con el art. 335 CP.

<sup>92</sup> Siguiendo este criterio, también SAP Córdoba 183/2018, de 8 de mayo.

<sup>93</sup> De esta opinión, MUÑOZ LORENTE, José (2007), p. 329; HAVA GARCÍA, Esther (2009), p. 87; REQUEJO CONDE, Carmen (2010), p. 118; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (2011), p. 418. Por su parte, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos (2006a), pp. 372 s., sin descartar que estos supuestos resulten excluidos del ámbito típico, propone una interpretación teleológica, de modo que la caza en época de veda solo sea punible si supone un riesgo efectivo para la perpetuación de la especie. En sentido contrario, sostiene BLANCO CORDERO, Isidoro (2011), p. 1308 que, en caso de estar autorizada la caza o pesca, si lo que se ha capturado es una especie que no cumple los requisitos administrativos establecidos para su legal captura, estaremos ante una infracción administrativa, poniendo como ejemplo la SAP Málaga 80/2001, de 2 de marzo, que absolvió a un sujeto que había pescado boquerones (especie cuya pesca estaba autorizada) aunque un cierto número de ellos tenía una talla inferior a la reglamentariamente establecida. El mismo autor reitera esta postura en BLANCO CORDERO, Isidoro (2015), p. 170. En mi opinión el autor incurre en un error, pues la sentencia que toma



una restricción típica al dejar fuera del ámbito penal aquellas especies para las que no había previsión expresa de autorización de caza o pesca (recuérdense los ejemplos de la mosca o la cucaracha), sin embargo, por otro lado, se amplió el elenco de conductas punibles, penalizando prácticamente cualquier infracción de caza o pesca<sup>94</sup>. No obstante, y aunque a nivel doctrinal parece haber predominado esta última interpretación, no faltan autores que, en sentido contrario, defienden la postura mayoritariamente defendida por la jurisprudencia<sup>95</sup>.

Por ello la nueva redacción seguía planteando, cuando menos, severas dudas de compatibilidad con el principio de legalidad<sup>96</sup>, configurándose como un delito formal o de pura desobediencia<sup>97</sup>. Ampliamente se ha señalado que la reforma no remediaba los problemas de inconstitucionalidad que planteaba su homólogo anterior<sup>98</sup>. Tanto la doctrina como, en parte, la jurisprudencia<sup>99</sup> trataron de paliar este obstáculo reclamando un contenido de lesividad concreto en las conductas formalmente incluidas en el tipo, a fin de dotarlas de antijuridicidad material, distinguiéndolas así de las meras infracciones administrativas con las que, de otro modo, acabarían superponiéndose<sup>100</sup>. Conforme a ello solo entrarían en el ámbito de lo punible aquellos comportamientos que, además de infringir las prohibiciones administrativas de caza o pesca, hubieran creado un riesgo para el bien jurídico

como apoyo a su postura se refiere a hechos enjuiciados conforme a la redacción original del art. 335 CP, que, por su dicción literal, propiciaba esa interpretación («no estando expresamente autorizada»). Que pueda mantenerse esa misma interpretación con la redacción del art. 335.1 CP posterior a la LO 15/2003 reclamaría, al menos, una argumentación que aquí no se aporta. Debe señalarse que este error de citar jurisprudencia referida a supuestos enjuiciados conforme a la regulación anterior del art. 335 CP para refrendar la postura doctrinal restrictiva en relación con la nueva redacción del art. 335.1 CP (o para ilustrar la posición jurisprudencial en relación con el mismo) es un error frecuente en diversos trabajos sobre el tema. Entre ellos, GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen (2013), p. 29, n. 78; MARTÍN LORENZO, María (2018), 1576.

<sup>94</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (2012), p. 1220.

<sup>95</sup> Es el caso de GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen (2013), pp. 28 s.

<sup>96</sup> Así, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos (2006a), 368-370; MUÑOZ LORENTE, José (2007), pp. 327 s.; REQUEJO CONDE, Carmen (2010), pp. 118, 120; BLANCO CORDERO, Isidoro (2011), p. 1308; SOLAZ SOLAZ, Esteban (2012), p. 12.

<sup>97</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (2007), p. 488; el mismo (2011), p. 819; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (2011), p. 414.

<sup>98</sup> Así, MUÑOZ LORENTE, José (2004), pp. 37 ss. Explícito en este sentido, ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2012), IV.1., para quien el nuevo precepto delega (de igual modo que el anterior) la concreción de lo prohibido a la norma extrapenal. En la jurisprudencia, SAP Barcelona 759/2011, de 31 de octubre.

<sup>99</sup> Particularmente, las resoluciones incluidas en la segunda de las orientaciones jurisprudenciales, a que se ha hecho referencia supra en n. 88.

<sup>100</sup> En realidad, estos intentos de restricción típica de las conductas de caza o pesca a partir de criterios materiales de lesividad para el bien jurídico ya se habían producido durante la vigencia de la regulación anterior a la LO 15/2003, aunque sobre todo en relación con el art. 334 CP (caza o pesca de especies amenazadas), reclamando una situación material de amenaza de la especie en cuestión, con independencia de su catalogación administrativa como tal. Al respecto, GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen (2013), p. 16. Sin embargo, hay que señalar que, en relación con el art. 335 CP en su versión original, esa misma apelación al criterio material de lesividad para el bien jurídico operaba en sentido ampliatorio, permitiendo considerar penalmente relevantes las conductas de caza o pesca en época de veda (vid. supra, n. 72).

biodiversidad. Es decir, aquellos de los que pudiera predicarse una idoneidad lesiva *ex ante* desde el punto de vista objetivo para ese bien jurídico<sup>101</sup>.

Aplicada ahora esta reflexión al caso del marisqueo ilegal, que aquí principalmente nos ocupa, podría sostenerse que con la redacción del art. 335.1 CP posterior a la reforma de 2003 (y dejando por ahora la margen la cuestión –cuando menos, dudosa- de si el marisqueo podría entrar o no en la conducta típica de «pesca») desde una interpretación puramente formal del delito, resultaría punible cualquier conducta de extracción de marisco infringiendo una prohibición expresa de captura. Por el contrario, desde una interpretación material, si, además de la prohibición expresa, fuera preciso acreditar una idoneidad lesiva *ex ante* para la conservación de las especies, existen determinadas prohibiciones de extracción que –precisamente por no estar basadas en motivos biológicos o de explotación sostenible- ya no tendrían de entrada ninguna relevancia en el contexto del tipo. Me refiero en concreto a las prohibiciones de extracción por motivos de salubridad (toxicidad de los mariscos en determinados momentos y circunstancias)<sup>102</sup>.

Pero, al menos tan relevante como la modificación de la redacción del 335.1 CP, fue la creación del tipo penal contenido en el nuevo art. 335.2 CP. Este apartado vino a castigar *ex novo* la caza o pesca de especies (a las que se refería el apartado anterior) que se llevare a cabo en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular. Aunque el precepto no lo denominaba así, un sector autorizado de la doctrina aclaró que lo que aquí se tipificaba era el «delito de furtivismo»<sup>103</sup> (en una acepción de furtivismo muy concreta, y referida particularmente a la caza en terrenos especiales). En palabras del Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo, se constituía como delito contra la fauna una conducta que tenía más de contenido económico que de contenido ambiental<sup>104</sup>, lo cual venía a coincidir precisamente con el argumento de justificación de la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, a la que se debió la introducción del precepto en el texto finalmente aprobado<sup>105</sup> (si bien con una redacción parcialmente distinta a la propuesta por este Grupo Parlamentario en la enmienda planteada). En efecto, constituye delito en la nueva figura del art. 335.2 CP la caza que se lleva a cabo en

<sup>101</sup> HAVA GARCÍA, Esther (2009), pp. 88 ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro (2011), p. 1308.

<sup>102</sup> Y ello con independencia de la restricción que, para las restantes prohibiciones (sí basadas en criterios biológicos), comportaría el mismo criterio material.

<sup>103</sup> Así, MUÑOZ LORENTE, José (2004), p. 39; el mismo (2007), p. 330; VERCHER NOGUERA, Antonio (2005), p. 6; el mismo (2017), apartado III.1.A).

<sup>104</sup> VERCHER NOGUERA, Antonio (2017), apartado III.1.A).

<sup>105</sup> Así, la justificación de la enmienda núm. 154: « El furtivismo —conducta consistente en cazar o pescar en propiedad ajena sin la debida autorización— 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» (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 145-9, de 23 de junio de 2003, p. 103).

«terrenos cinegéticos ajenos» y «sin el permiso del titular del coto». Consecuentemente, si el titular del coto no puede ser sujeto activo del delito, resulta evidente, como sostiene VERCHER NOGUERA, que el delito lo determina la titularidad y, por ende, la relación de propiedad sobre el coto y sobre la especie que se halla en el mismo, y no el atentado contra la especie en sí<sup>106</sup>. En este sentido puede sostenerse que la doctrina fue prácticamente unánime en señalar críticamente que el apartado 2 del art. 335 CP no parecía proteger ni el medio ambiente (para el que no se exige peligro alguno) ni ningún bien jurídico ecológico, sino meros intereses patrimoniales derivados del carácter exclusivo del aprovechamiento<sup>107</sup>.

Con todo, esa interpretación que acaba de apuntarse, solo podía sostenerse entendiendo que las especies abarcadas en el art. 335.2 CP se definían por remisión (exclusivamente) al art. 334 CP, considerando el 335.2 CP como delito autónomo respecto de la figura contemplada en el 335.1 CP. Es decir, considerando que lo castigado en el art. 335.2 CP era la caza (o pesca) de especies cinegéticas no amenazadas, llevada a cabo en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular.

Pero desde luego se llegaba a un resultado distinto si la definición de las especies del 335.2 CP debía hacerse a través de la doble remisión (tanto al 335.1 como al 334 CP) que sugería la dicción literal del precepto. Esto es, si se observa que el art. 335.2 CP castigaba la caza (o pesca) de «especies a las que se refiere el apartado anterior», estas especies no podían ser otras que las especies no amenazadas cuando su caza (o pesca) estuviera *expresamente prohibida*<sup>108</sup>. En otras palabras, las especies abarcadas en el art. 335.2 CP serían aquellas para las que, sin ser amenazadas –remisión al art. 334, y por exclusión–, estuviera expresamente prohibida su caza o pesca –remisión al art. 335.1 CP, y por inclusión. Como acertadamente señala MUÑOZ LORENTE (revisando, por cierto, las conclusiones por él alcanzadas en trabajos anteriores), si las especies a las que se refiere el art. 335.2 CP son las mismas a las que se refiere el art. 335.1 CP, solo cabe concluir que el art. 335.2 CP es una agravación de las conductas previstas en el apartado 1, lo que debilita la conclusión de que se afecten realmente los intereses económicos del titular del coto<sup>109</sup>. Es cierto que, así entendido, carecía de sentido el propio art. 335.2 CP, porque si lo cazado era una especie cuya caza estaba expresamente

<sup>106</sup> VERCHER NOGUERA, Antonio (2005), p. 6.

<sup>107</sup> Así, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos (2006a), p. 375; HAVA GARCÍA, Esther (2009), p. 76; MUÑOZ LORENTE, José (2004), p. 40; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (2011), p. 413; BLANCO CORDERO, Isidoro (2011), p. 1308.

<sup>108</sup> Indudablemente, esto trasladaba a este precepto el debate abierto con respecto al art. 335.1 CP (sobre el que ahora no vamos a insistir), entre quienes entendían que tipificaba la caza de especies absolutamente prohibidas sin posibilidad de autorización, y quienes defendían que lo protegido era la caza de especies en época de veda o cuando su caza estuviera prohibida aunque fuera posible obtener autorización.

<sup>109</sup> MUÑOZ LORENTE, José (2007), pp. 332-335. Niega, por el contrario que se trate de un tipo agravado, la SAP Burgos 259/2009, de 20 de noviembre, atendiendo a que el art. 335.2 CP prevé una pena inferior a la que prevé el art. 335.1 CP

prohibida, el permiso (o ausencia de permiso) del titular del coto no podría jugar ningún papel en la autorización de una actividad de caza que resultaría prohibida para todos, y consecuentemente también para él. Y asimismo carecía absolutamente de sentido la cláusula según la cual las penas del apartado segundo se impondrían además de las que puedan corresponder, en su caso, por la comisión del delito del apartado primero.

En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se dejó sentir asimismo este debate doctrinal, dando lugar a dos interpretaciones distintas. Un sector jurisprudencial, exigiendo la prohibición (absoluta) de caza para las especies del art. 335.2 CP, declaró la atipicidad de actividades de caza de especies cazables en terrenos cinegéticos sin permiso del titular<sup>110</sup>; mientras que otro sector incluyó esos supuestos entre las conductas punibles conforme al art. 335.2 CP, considerándolo como un tipo autónomo o independiente del contemplado en el apartado anterior<sup>111</sup>.

Contemplando ahora el art. 335.2 CP desde la perspectiva de la pesca (y eventualmente, el marisqueo), lo cierto es que, al margen de los problemas interpretativos apuntados, este precepto requería, en la versión de redacción que ahora estamos considerando, que la actividad se llevase a cabo en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, lo cual únicamente resultaba posible respecto de la actividad de caza, pero en modo alguno en relación con actividades de pesca. En consecuencia, las conductas de pesca (fluvial o marítima) quedaban fuera del tipo penal del art. 335.2 CP y únicamente abarcadas en el art. 335.1 CP.

#### **IV. El castigo penal del marisqueo furtivo a través del delito de fraude alimentario con anterioridad a la reforma de 2015**

Como se ha visto, y por los motivos que se han ido apuntando (sobre todo por la interpretación estricta o restrictiva de los propios tipos penales), la modalidad de furtivismo referida a la realización de actividades de caza y pesca careciendo de la preceptiva licencia o permiso tenía difícil encaje en la regulación penal desde la redacción original del CP, y aun tras la reforma operada por la LO 15/2003. Pero peor -o ningún- encaje tenía aún el furtivismo relacionado concretamente con actividades de marisqueo, teniendo en cuenta que esta actividad no encajaba, por descontado, en el concepto de caza, pero tampoco, por lo que se deduce, en el concepto de pesca, siendo estas las únicas conductas penalmente sancionadas.

No obstante, en el caso del marisqueo, la normativa administrativa que regula las capturas y extracciones sobre la base de un sistema de co-gestión entre la Administración y el propio sector marisquero, a través de planes anuales de explotación,

<sup>110</sup> Así, por ejemplo, SAP Burgos 259/2009, de 20 de noviembre; SAP Madrid 841/2010, de 4 de octubre; SAP Teruel 3/2018, de 29 de enero.

<sup>111</sup> Así, por ejemplo, SAP Huesca 79/2008, de 19 de mayo.

opera en paralelo con otra normativa de carácter administrativo dedicada a regular la extracción y comercialización de moluscos bivalvos en general, en el marco del control de biotoxinas marinas en organismos procedentes de la pesca, el marisqueo y la acuicultura<sup>112</sup>. Estas normas se orientan a la garantía de salubridad y seguridad de los productos extraídos del mar, con carácter previo a su puesta en el mercado, y resulta poco menos que evidente que las actividades de pesca o marisqueo furtivo (entendiendo ahora por tal el que se lleva a cabo eludiendo los procedimientos administrativos de control sanitario sobre los productos extraídos) pueden constituir una amenaza para la seguridad alimentaria. En consecuencia, parece también factible que el marisqueo furtivo encuentre respuesta penal (en cierta medida, indirecta) a través de alguno de los delitos contra la salud pública referidos a alimentos. En concreto, que pueda llegar a castigarse penalmente el furtivismo en la fase de comercialización del producto ilegalmente extraído (y contaminado) a través del art. 363 CP, que sanciona el delito de fraude alimentario.

Lo que, sin embargo, resulta claramente llamativo es que, con anterioridad a la reforma de 2015, y desde el año 2004, se hayan venido produciendo condenas penales a mariscadores furtivos por delito del art. 363.3 CP, pero únicamente en el ámbito territorial de las Audiencias Provinciales de Pontevedra y A Coruña (es decir, solo en la Comunidad Autónoma de Galicia), solo en relación con una especie en particular: la vieira o *pecten maximus*, y solo en relación con una biotoxina en concreto: la toxina amnésica de los mariscos (ácido domoico o *Amnesic Shellfish Poison*, abreviadamente ASP)<sup>113</sup>. Pues bien, lo cierto es que tantas coincidencias no son meramente casuales y encuentran, por el contrario, su

<sup>112</sup> En la actualidad, principalmente, a nivel europeo, el Reglamento (CE) n.º 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal y el Reglamento (CE) n.º 854/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se establecen normas específicas para la organización de controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano; y a nivel estatal, el RD 640/2006, de 26 de mayo, por el que se regulan determinadas condiciones de aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de higiene, de la producción y comercialización de los productos alimenticios y las respectivas normativas autonómicas, En Galicia, el Decreto de la Junta de Galicia 28/2005, de 28 de enero, por el que se regula el control de las biotoxinas en moluscos bivalvos y otros organismos procedentes de la pesca, el marisqueo y la acuicultura.

<sup>113</sup> Estas sentencias, referidas todas ellas a hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, y todas ellas condenatorias, son las siguientes: SAP Pontevedra 46/2004, de 30 de junio; SAP Pontevedra 93/2005, de 17 de junio; SAP Pontevedra 115/2005, de 9 de septiembre; SAP Pontevedra 18/2006, de 12 de febrero; SAP Pontevedra 102/2006, de 13 de septiembre; SAP Pontevedra 79/2007, de 19 de junio; SAP Pontevedra 24/2008, de 7 de febrero; SAP Pontevedra 30/2008, de 8 de febrero; SAP A Coruña 80/2008, de 29 de diciembre; SAP A Coruña 57/2009, de 24 de julio; SAP Pontevedra 228/2009, de 5 de noviembre; SAP Pontevedra 137/2011, de 1 de septiembre; SAP A Coruña 415/2011, de 11 de noviembre; SAP Pontevedra 13/2012, de 24 de enero; SAP A Coruña 611/2013, de 3 de octubre; SAP Pontevedra 231/2014, de 9 de octubre; SAP Pontevedra 307/2014, de 18 de diciembre; SAP Pontevedra 23/2015, de 11 de febrero; SAP A Coruña 280/2016, de 4 de mayo y SAP A Coruña 203/2016, de 30 de septiembre. En supuestos de iguales características se llega a un pronunciamiento absolutorio en las siguientes: SAP Pontevedra 62/2004, de 21 de julio; SAP Pontevedra 76/2007, de 25 de mayo; SAP A Coruña 475/2008, de 3 de diciembre; SAP A Coruña 34/2010, de 7 de mayo.

explicación en consideraciones que me atrevo a sostener alejadas de la protección de la salud de los potenciales consumidores de tales vieiras tóxicas, puestas a su disposición por los furtivos. Piénsese que junto a la toxina amnésica o ASP, las especies marisqueras se ven afectadas también por otras biotoxinas, como la toxina diarreica o DSP (*Diarrhetic Shellfish Poison*) y la toxina paralizante o PSP (*Paralytic Shellfish Poison*). Y curiosamente, los informes epidemiológicos conocidos sobre intoxicaciones alimentarias por biotoxinas en todos los años a que se refieren las condenas señaladas no registran ningún caso de intoxicación por consumo de vieiras<sup>114</sup>. Por otro lado, en esos años solo se conoce una alerta de intoxicación por biotoxina ASP en Galicia, y lo fue por consumo de mejillones (no de vieiras)<sup>115</sup>.

Pues bien, los motivos a los que responde esa criminalización indirecta del furtivismo marisquero en Galicia, y que aquí solo puedo exponer de manera extremadamente resumida<sup>116</sup>, tienen que ver, en primer lugar, con las características específicas de la especie de la vieira y su particular proceso de acumulación-eliminación de la biotoxina ASP, así como de las partes del molusco donde mayoritariamente se acumula la toxina. Ocurre que la vieira (a diferencia de otros moluscos) tiene un rápido proceso de acumulación de toxina ASP y un lento proceso de eliminación natural de la misma, pero (también a diferencia de otras especies) la toxina suele concentrarse en el hepatopáncreas y restantes partes blandas del animal, resultando por ello el producto normalmente apto para el consumo (dentro de determinadas concentraciones) una vez retiradas esas partes blandas; partes que, por lo demás, son ordinariamente retiradas en el proceso habitual de limpieza y preparación de este marisco previo a su consumo. Esa es la razón por la que en la Comunidad Autónoma gallega existe, en relación con la vieira, un proceso de extracción controlada bajo supervisión de la Administración en virtud del cual, tras la correspondiente evisceración industrial y subsiguientes controles de toxicidad (dentro de lo saludablemente admisible) se permite la comercialización de ese marisco inicialmente no apto para consumo humano. Pues bien, las condenas a que se ha hecho referencia – que en todos los casos comportan la imposición de penas de prisión-, descansan todas ellas en capturas (ilegales) de vieira con niveles de toxicidad previsiblemente neutralizables tras el correspondiente proceso de eviscerado. Y conviene apuntar que no parecen existir evidencias de que el eviscerado industrial (llevado a cabo por plantas de eviscera-

<sup>114</sup> Cfr. MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO (2007), así como las sucesivas Memorias Anuales del Sistema Coordinado de Intercambio Rápido de Información (SCIRI) de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición desde 2007 hasta 2017 (primer y último año respectivamente disponibles), accesibles en: [http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/web/seguridad\\_alimentaria/subseccion/SCIRI.htm](http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/web/seguridad_alimentaria/subseccion/SCIRI.htm) (consultado por última vez el 19/09/2019).

<sup>115</sup> Cfr. CONSELLERÍA DE SANIDADE-XUNTA DE GALICIA (2014).

<sup>116</sup> Para un estudio amplio y detallado, vid. DE VICENTE REMESAL, Javier/GARCÍA MOSQUERA, Marta (2010), pássim.

do autorizadas administrativamente) resulte más eficaz que el eviscerado manual, demostrándose este último como método efectivo en estudios científicos<sup>117</sup>.

El análisis de toxicidad de la vieira incautada a cuerpo entero, unido a la comprensión (a mi juicio, incorrecta) del art. 363.3 CP como delito de peligro abstracto, y no de peligro concreto, han sido los catalizadores de las condenas penales a mariscadores furtivos gallegos, a través de un tipo penal difícilmente aplicable a conductas de extracción ilegal de cualesquiera otras especies marisqueras. Se trata, además, de un tipo penal que permite la comisión imprudente (art. 367 CP), dando entrada al castigo penal en supuestos de error de tipo (si se considera vencible) en relación con el desconocimiento de niveles de toxicidad o períodos de captura en función del estado de las aguas que, de por sí, son enormemente variables. Y es, por fin, un tipo penal que en su modalidad dolosa está castigado con una pena cumulativa de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años.

Es por ello que, sin desconocer la necesaria aplicación de los delitos de fraude alimentario en los casos (incluidos los referidos a mariscos) en que concurren sus requisitos, lo cierto es que, en mi opinión, esta ha sido una vía de utilización sesgada y discutible del Derecho penal. Se ha venido apelado a la seguridad alimentaria como pretexto para criminalizar el incumplimiento de la normativa administrativa en materia de extracción de determinadas especies marisqueras. Eso sí, con las limitaciones que se han señalado y que han impedido aplicarlo hasta ahora a especies distintas de la vieira<sup>118</sup>.

## V. La reforma del art. 335 operada por la LO 1/2015: tipificación expresa del marisqueo furtivo

Además de las ya estudiadas anteriormente, los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna sufrieron también modificaciones en virtud de la LO 5/2010, aunque en este caso sin incidencia directa en las conductas que aquí nos afectan, razón por la cual omitimos conscientemente referirnos a ellas.

La reforma que sí ha comportado cambios significativos para la materia ahora estudiada fue la operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Las modificaciones que, a nuestros efectos, resultan significativas son las que afectan al art. 335.2 CP, y que son concretamente dos. Por un lado, se ha modificado la redacción en lo que

<sup>117</sup> Vid. LAGO, Jorge/VALVERDE, Iago/VIEITES, Juan M./CABADO, Ana G. (2008), p. 253-257.

<sup>118</sup> Excepcionalmente, se conoce un caso reciente (hechos ocurridos en septiembre de 2016) de condena penal por delito del art. 363.3 CP al responsable de un restaurante que poseía en el local, con propósito de destinarlo al consumo de terceras personas, en torno a 8 kg. de longueirón con una cantidad de ácido okadaico superior en el doble a la legalmente permitida para el consumo humano. Es el caso de la SAP A Coruña 524/2018, de 6 de noviembre.

hace a la especies abarcadas en el precepto, que deja de referirse a las especies del *apartado anterior* (335.1 CP), para referirse a «especies distintas de las indicadas en el artículo anterior» (art. 334 CP), resolviendo así el antiguo debate doctrinal a que se ha hecho referencia anteriormente en este trabajo.

En segundo lugar, en el mismo 335.2 CP se viene a incriminar expresamente (junto a la caza y la pesca) la realización de actividades de marisqueo relevantes, sometidas a concesión o autorización marisquera o acuícola, sin el debido título administrativo habilitante. En adelante, nos centraremos precisamente en esta conducta de marisqueo, aunque muchas de las cuestiones que afectan al nuevo comportamiento típico han de ser rescatadas de lo ya elaborado en relación con los restantes (y anteriormente existentes) incluidos en el mismo tipo.

### 1. *Antecedentes de la criminalización del furtivismo en el marisqueo*

Con anterioridad a la definitiva inclusión del marisqueo furtivo en el CP a través de la LO 1/2015, y desde hace tiempo, diversas instancias (Fiscalía, Parlamento y el propio sector) venían instando precisamente la criminalización directa de estas prácticas para hacer frente a lo que se percibía como un problema, no tanto ambiental, cuanto social y económico, muy especialmente en la comunidad de Galicia.

En el caso de la Fiscalía, ya en el año 2009 la Fiscalía Superior de Galicia, especialmente preocupada por la incidencia del furtivismo en esa comunidad, dicta un Decreto<sup>119</sup> por el que encarga a la Guardia Civil (Seprona, Servicio de Protección de la naturaleza de la Guardia Civil y Servicio Marítimo de la Guardia Civil) la elaboración de un informe que proporcionase una visión de la incidencia de esta problemática en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma gallega. El estudio que propuso el Decreto del Fiscal Superior de Galicia aspiraba a crear, en colaboración con la Guardia Civil, un documento de trabajo para plasmar un diagnóstico riguroso de la problemática estudiada con fines de planificación y de prevención de delitos.

En el propio Decreto, el Fiscal reconocía que, si bien desde el punto de vista penal las conductas de furtivismo podían tener encaje en alguno de los delitos medioambientales, o dentro de los delitos contra la salud pública (y aludía expresamente a las sentencias condenatorias por comercialización de vieiras contaminadas con biotoxinas), sin embargo señalaba que el furtivismo en el sector del marisqueo de Galicia generaba también un «perjuicio patrimonial y social» que quedaba fuera del ámbito de protección penal. El furtivismo – sostenía- «cuestiona todo el sistema de extracción de especies y su regulación a través del sistema de cofradías y lonjas», al tiempo que planteaba el debate de la posible tipificación penal de estas conductas en sí mismas.

<sup>119</sup> Decreto Do Excmo. Sr. Fiscal Superior de Galicia de 9 de septiembre de 2009, en Diligencias preprocesales 17/09.



La publicación que resultó del estudio<sup>120</sup> señalaba, entre otras cosas, que a nivel nacional el marisqueo furtivo no se contempla como un problema de una entidad tal, como la que se percibe en las costas y economía gallegas. En cuanto a la posible represión penal de estas actividades, se indicaba que el delito contra el medio ambiente del art. 335 CP se orienta más a la protección de las especies que al sistema de explotación de las mismas, mientras que el delito contra la salud pública (como vía para sancionar la comercialización de marisco contaminado) requería probar la presencia de elementos nocivos que determinen un riesgo, apuntándose o insinuándose en este sentido que se podrían reformular algunos tipos penales para sancionar las conductas de furtivismo sin necesidad de probar el peligro de nocividad para la salud. Como última consideración relevante aquí se afirmaba que ante la extracción ilícita de marisco en las zonas cedidas en concesión o autorización marisquera a las cofradías o particulares no sería descartable imputar infracciones penales contra el patrimonio a los que se apoderen de marisco capturado en esas zonas<sup>121</sup>.

En el ámbito parlamentario (y poco tiempo después) el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presentó una Proposición no de ley que fue aprobada en la sesión de Comisión de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente celebrada el 28 de noviembre de 2012, relativa a la calificación del furtivismo reincidente en el marisqueo como delito<sup>122</sup>. Una vez más, el fundamento de la propuesta estaba basado en la Comunidad de Galicia y, según se argumentaba, daba respuesta a un clamor del sector pesquero por el supuesto fracaso de la respuesta sancionadora administrativa, reclamando la tipificación como delito del furtivismo reincidente (con especial énfasis en el requisito de la reincidencia) por los problemas económicos que genera al sector.

Por lo que hace al propio sector, ampliamente aludido ya en la iniciativa parlamentaria que se acaba de señalar, ciertamente parecía existir una percepción generalizada del fracaso de la respuesta sancionadora del Derecho administrativo, a través de la imposición de sanciones económicas que en muchas ocasiones quedaban sin abonar por la declaración de insolvencia de los infractores<sup>123</sup>. Algunos estudios de análisis empírico de la percepción del sector marisquero en relación con la problemática del furtivismo sugerían como primera medida para combatirlo precisamente su tipificación como delito<sup>124</sup>. Parece indudable que estas presiones sociales, oportunamente canalizadas a través de los órganos de representación

<sup>120</sup> CONSELLERÍA DO MAR-XUNTA DE GALICIA (2011).

<sup>121</sup> CONSELLERÍA DO MAR-XUNTA DE GALICIA (2011), pp. 67-68.

<sup>122</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, año 2012, X Legislatura, núm. 229, pp. 21-25.

<sup>123</sup> Vid. RED ESPAÑOLA DE MUJERES EN EL SECTOR PESQUERO (2016), p. 110.

<sup>124</sup> MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo (2018), 146. Como el propio autor apunta, estos resultados se refieren a un estudio empírico desarrollado entre enero de 2012 y enero de 2015.

parlamentaria, han jugado un papel esencial en la reforma penal que ha acogido la tipificación expresa del marisqueo furtivo en el texto punitivo.

## **2. Trámite parlamentario de la reforma del art. 335 CP**

La modificación del art. 335 CP que incorporó en este precepto -junto a la caza y pesca ilegal- la tipificación expresa del marisqueo furtivo se produjo de manera muy tardía en la tramitación parlamentaria de la reforma del CP previa a la LO 1/2015. Cabe recordar que el dilatado proceso de modificación del CP culminado en 2015 se había iniciado en el año 2012. Ese año existieron dos Anteproyectos de reforma<sup>125</sup>, en ninguno de los cuales estaba previsto modificar el artículo 335 CP ni incorporar el castigo penal del marisqueo furtivo en ninguna otra ubicación del texto punitivo. La cuestión tampoco se contemplaba en el posterior Anteproyecto de 3 de abril de 2013<sup>126</sup> ni en la siguiente versión pre-legislativa de 20 de septiembre de 2013. En consecuencia, cuando el Consejo de Ministros aprueba la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Reforma del CP<sup>127</sup>, el texto<sup>128</sup> seguía sin hacer referencia alguna a la reforma del artículo en cuestión y el asunto tampoco se planteó siquiera por vía de enmienda en la fase de trámite en el Congreso de los Diputados<sup>129</sup>.

Y es que en realidad no es hasta febrero de 2015 cuando, en período de enmiendas al texto en el trámite del Senado, el Grupo Parlamentario Popular propone modificar la redacción del art. 335 CP<sup>130</sup>. La escueta justificación que acompañaba

<sup>125</sup> El primero de los textos, de 16 de julio de 2012, es el Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, del que se informó en la reunión del Consejo de Ministros de 14 de septiembre de 2012. El segundo de los Anteproyectos, tratado en la reunión de Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2012, fue el texto de reforma que se acordó remitir para su dictamen tanto al Consejo Fiscal como al Consejo General de Poder Judicial. Ese texto fue informado por el Consejo Fiscal el 8 de enero de 2013, y por el CGPJ en su reunión plenaria de 17 de enero de 2013.

<sup>126</sup> Este fue el texto remitido al Consejo de Estado, órgano que aprobó el Dictamen al Anteproyecto en fecha 27 de junio de 2013.

<sup>127</sup> Reunión del Consejo de Ministros de 20 de septiembre de 2013.

<sup>128</sup> Proyecto de Ley de reforma del CP, publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 66-1, de 4 de octubre de 2013.

<sup>129</sup> El texto aprobado en el Congreso y remitido al Senado puede consultarse en BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 66-5, de 2 de febrero de 2015.

<sup>130</sup> La enmienda núm. 1031 del Grupo Parlamentario Popular (BOCG, Senado, núm. 475, de 23 de febrero de 2015, págs. 720-721) proponía la siguiente redacción del art. 335 CP: «1. El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a 12 meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años. 2. El que cace o pesque o realice actividades de marisqueo relevantes sobre especies distintas de las indicadas en el artículo anterior en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular o sometidos a concesión o autorización marisquera o acuícola sin el título administrativo habilitante para su ejercicio profesional o recreativo, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar, pescar o realizar actividades de extracción de especies marisqueras o pesqueras por tiempo de uno a tres años, además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo. 3. Si las conductas anteriores produjeran graves daños al patrimonio cinegético de un terreno sometido a régimen cinegético

a la enmienda apelaba a «la necesidad de hacer frente al furtivismo cuando se realicen actividades de extracción de especies marisqueras o pesqueras que puedan poner en riesgo su biodiversidad haciendo estas conductas equivalentes a la caza y pesca»<sup>131</sup>. La enmienda fue asumida en el Informe de la Ponencia en el Senado<sup>132</sup>, si bien durante el debate en la Comisión de Justicia de la Cámara Alta se introdujeron ligeras correcciones al texto<sup>133</sup>. La redacción resultante, incorporada al Dictamen de la Comisión de Justicia del Senado<sup>134</sup>, fue la versión finalmente aprobada en esa Cámara<sup>135</sup> y la que, tras su aprobación definitiva por el Pleno del Congreso en su sesión de 26 de marzo de 2015, pasó a formar parte de la LO 1/2015, entrando en vigor el 1 de julio de 2015.

En resumen no deja de ser llamativo que en un proceso temporalmente dilatado de reforma del CP, que abarcó prácticamente tres años, la modificación del art. 335 CP se forjase en cuestión de días (poco más de un mes), en la fase final de tramitación, y sin debate parlamentario alguno. Al margen de lo inapropiado de este proceder legislativo, queda abierta la pregunta de si habrá sido meramente casual que la tipificación expresa de una conducta cuya trascendencia se deja sentir principalmente en una Comunidad Autónoma concreta, como Galicia, se haya planteado precisamente en la Cámara de representación territorial, por vía de enmienda al texto legislativo remitido por el Congreso. Junto a ello es interesante comprobar que la propuesta de reforma introducida en el Senado para castigar expresamente el marisqueo furtivo coincide en el tiempo, de manera muy precisa y puntual, con los primeros resultados visibles de una larga y extensa operación policial contra la extracción ilegal y posterior comercialización de marisco de origen gallego, denominada «Operación Japónica», que se había iniciado a finales de 2013 y que, tras una progresiva ampliación del ámbito de investigación –incluyendo (según el detalle informativo del caso) vigilancias y escuchas telefónicas autorizadas por el Juzgado de Instrucción 1 de la localidad gallega de Ferrol– dio lugar a la detención de un total de 13 personas a principios de febrero de 2015<sup>136</sup>. La salida a la luz en los medios de comunicación de

especial o a la sostenibilidad de los recursos en zonas de concesión o autorización marisquera o acuícola, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de cazar, pescar, y realizar actividades de extracción por tiempo de dos a cinco años. 4. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando las conductas tipificadas en este artículo se realicen en grupo de tres o más personas o utilizando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente».

<sup>131</sup> BOCG, Senado, núm. 475, de 23 de febrero de 2015, p. 721.

<sup>132</sup> BOCG, Senado, núm. 481, de 3 de marzo de 2015, p. 80-81.

<sup>133</sup> DS del Senado, Comisión de Justicia, núm. 421, de 3 de marzo de 2015.

<sup>134</sup> BOCG, Senado, núm. 485, de 9 de marzo de 2015, p. 83.

<sup>135</sup> BOCG, Senado, núm. 493, de 23 de marzo de 2015, p. 79.

<sup>136</sup> Según la nota de prensa de la web oficial de la Guardia Civil de 11/02/2015 (información disponible en: <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/5237.html>, consultada por última vez el 15/05/2019), en el marco de la «Operación Japónica», la Guardia Civil habría detenido a 13 personas como supuestos integrantes de una trama que se dedicaba al comercio ilegal de moluscos. El marisco, fundamentalmente almeja, era extraído en zonas de la Ría de Ferrol catalogadas por las autoridades sanitarias como «Zonas C», por sus altos contenidos en bacteria E. Coli, y se pretendía comercializar sin reunir los trámites sanitarios obligatorios, valiéndose para ello de varias depuradoras ilegales.

los resultados de esta operación contra el marisqueo furtivo venía acompañada del anuncio del Partido Popular gallego de su intención de presentar en el Senado enmiendas al nuevo Código Penal para perseguir con más dureza el marisqueo furtivo dándole carácter de delito<sup>137</sup>, tal y como de hecho se produjo de manera casi inmediata<sup>138</sup>.

Como consecuencia de este particular y precipitado proceso legislativo, la modificación concreta del art. 335 CP no fue objeto de pronunciamiento en los preceptivos informes del CGPJ ni del Consejo Fiscal<sup>139</sup>. De la misma manera, la reforma tampoco pudo ser contemplada en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo al Anteproyecto de LO de reforma del CP, que se elaboró conforme al entonces vigente RD 1083/2009, de 3 de julio por el que se regulaba la memoria del análisis de impacto normativo, en desarrollo de lo previsto en los arts. 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno<sup>140</sup>. Las previsiones contenidas en el citado RD formaban parte de las medidas adoptadas por el Gobierno de España para impulsar los principios de buena regulación que, como objetivo prioritario de la UE en materia de gobernanza europea, concretados en los programas *Better Regulation* y *Smart Regulation*, exigían a los Estados miembros establecer estrategias de evaluación de impacto normativo que permitiesen determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma, así como valorar la necesidad, oportunidad y eficacia de las normas proyectadas. A la vista de lo anterior, parece claro que la introducción del delito de marisqueo furtivo a través de enmienda en fase del Senado no garantiza ni permite llevar a cabo estos instrumentos de control de calidad normativa que sirven, al mismo tiempo, de justificación legitimadora de la intervención regulatoria concreta<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> Vid. [https://elpais.com/ccaa/2015/02/22/galicia/1424634668\\_022609.html](https://elpais.com/ccaa/2015/02/22/galicia/1424634668_022609.html) (consultado por última vez el 19/09/2019).

<sup>138</sup> Tras la aprobación definitiva del delito de marisqueo furtivo, el Gobierno de la Junta de Galicia, a través de la titular de la Consejería del Mar, parece haberse atribuido un papel protagonista como impulsor de esta reforma penal. Vid. <http://www.laopinioncoruna.es/mar/2017/03/28/mar-defiende-galicia-aspirar-erirse/1166017.html> (consultado por última vez el 19/09/2019).

<sup>139</sup> Como es sabido, esta circunstancia se produjo con otras muchas modificaciones del texto de reforma, que fueron introducidas con posterioridad a la emisión de estos informes, siendo objeto de amplias críticas doctrinales. Crítica con este proceder en relación con la reforma del art. 335 CP, MATELLÍN EVANGELIO, Ángela (2015), p. 1066.

<sup>140</sup> Actualmente los principios de buena regulación se contienen en el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con lo que se aspira a superar la anterior dispersión normativa existente en la materia. Por su parte, la DF 3.12 de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ha modificado la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en lo referido a la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria del Gobierno, incorporando determinadas previsiones relativas a la memoria de impacto normativo que debe acompañar, entre otros, a los anteproyectos de ley. Estas previsiones son objeto de desarrollo en el RD 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, cuya Disposición Derogatoria única deroga el anterior RD 1083/2009, de 3 de julio (vigente en el momento de tramitación de la reforma penal de 2015).

<sup>141</sup> Sobre el papel de los instrumentos de mejora de la calidad de la regulación desde la perspectiva del análisis económico del derecho, vid. MERCADO PACHECO, Pedro (2013), *pássim*.

Por su parte, el Preámbulo de la LO 1/2015 omite cualquier consideración al respecto de la reforma introducida en el art. 335 CP.

### **3. *Las especies abarcadas en el art. 335 CP tras la LO 1/2015***

Antes de entrar en las especies del art. 335 CP, y por la remisión que en el mismo se hace a especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, hay que señalar que en virtud de la LO 1/2015 el término de especie «protegida» vino a sustituir, en el art. 334 CP, a la denominación hasta entonces empleada de especie «amenazada», lo que, según ha señalado la doctrina, habría supuesto una importante ampliación del objeto material del delito por la remisión genérica a las distintas categorías de protección de especies que prevé la normativa administrativa. En concreto, la referencia ya no sería únicamente al Catálogo Español de Especies Amenazadas y a los correspondientes catálogos autonómicos, sino también al más amplio Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, creado por la misma Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y desarrollado por el RD 139/2011, de 4 de febrero<sup>142</sup>. En opinión de MUÑOZ CONDE esta ampliación del ámbito de lo típico podría resultar difícilmente compatible con el principio de intervención mínima si no se realiza una interpretación restrictiva en función del bien jurídico protegido, que él mismo cifra en el medio ambiente (aunque referido en este caso específicamente a los factores bióticos del mismo: flora y fauna)<sup>143</sup>.

No obstante conviene aclarar que, en realidad, esta señalada ampliación de las especies abarcadas en el tipo solo es tal si se compara con la situación inmediatamente anterior, es decir, la existente desde la aprobación y entrada en vigor de la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Esta Ley, después de establecer (en su art. 56.1) que quedan incluidas en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial todas aquellas «especies, subespecies y poblaciones que sean merecedoras de una atención y protección particular en función de su valor científico, ecológico, cultural, por su singularidad, rareza, o grado de amenaza, así como aquellas que figuren como protegidas en los anexos de las Directivas y los convenios internacionales ratificados por España», ciertamente crea a continuación, en el seno de aquel Listado (art. 58), un Catálogo Español de Especies Amenazadas (donde tienen cabida dos categorías: las consideradas «en peligro de extinción» y las consideradas «vulnerables»). Pero hay que recordar que durante la vigencia de la antigua Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, la antigua expresión penal

<sup>142</sup> Así lo señalan MARQUÈS I BANQUÉ, María (2015), pp. 669 y 671; OLMEDO CARDENETE, Miguel (2015), p. 776 s.; MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela (2015), pp. 1054 s. También MORELLE HUNGRÍA, Esteban (2017), pp. 12 ss.

<sup>143</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco (2017), pp. 527, 523.

de especies «amenazadas» contenida en el art. 334 CP (desde su redacción original hasta la reforma de 2015) permitía abarcar todas las categorías que la norma administrativa contemplaba entonces como tales, que eran cuatro (arts. 29 y 30 de aquella Ley, hoy derogada): «especies en peligro de extinción», «especies sensibles a la alteración de su hábitat», «especies vulnerables» y «especies de interés especial» -abarcando estas últimas a 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». En definitiva, la denominación penal de especies «amenazadas» comportaba ya entonces (hasta la entrada en vigor de la ley administrativa que derogó la anterior) una extensión típica idéntica a la que actualmente vuelve a producirse con la actual expresión en el art. 334 CP de especies «protegidas». Por tanto, el empleo del término de especies «amenazadas» solo tuvo el efecto restrictivo del ámbito típico -que la reforma de 2015 viene a suprimir- desde (y en virtud de) la entrada en vigor de la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. No obstante, no cabe desconocer que durante la vigencia de la ley administrativa de 1989 se propuso una interpretación restrictiva consistente en excluir las especies de «interés especial» de la conducta típica recogida en el art. 334.1 CP<sup>144</sup> (y aun en relación con las restantes, una restricción de que se encontrasen materialmente amenazadas, con independencia de su catalogación administrativa como tales).

Sin embargo, más allá de la relevancia que comportó la modificación del art. 334 CP, la reforma más significativa en relación con las especies, en lo que aquí nos afecta, tiene que ver –como ya se apuntó- con la remisión que ahora efectúa el art. 335.2 CP a las «especies distintas de las indicadas en el artículo anterior», de modo tal que ya no será preciso exigir en este tipo penal que la caza o pesca (o, ahora, las actividades de marisqueo) se encuentren expresamente prohibidas.

#### **4. *Análisis del actual art. 335.2 CP como vía de represión del marisqueo furtivo***

##### **4.1. *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido***

Las dudas en torno a cuál es el objeto de protección en el actual art. 335.2 CP, en lo que se refiere al marisqueo, siguen siendo las mismas que se venían planteando con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, por lo que resultan aquí aplicables las opiniones doctrinales y criterios jurisprudenciales en relación con la

<sup>144</sup> Así STS 829/1999, de 19 de mayo. El criterio fue seguido más adelante por la jurisprudencia menor, entre otras, en SAP Jaén 107/2000, de 16 de mayo; SAP Cáceres 85/2002, de 14 de noviembre o SAP Madrid 198/2002, de 11 de abril. En la doctrina, MUÑOZ LORENTE, José (2001), p. 103; el mismo (2004), pp. 33 ss. La desmesurada amplitud del tipo bajo la vigencia de la ley de 1989 es también señalada por HAVA GARCÍA, Esther/MARQUÈS I BANQUÉ, María (1999), p. 70. Además, ampliamente sobre el devenir histórico de la cuestión hasta la reforma de 2015, y también con propuestas concretas de interpretación restrictiva, MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (2015), pp. 290 s.

necesidad de establecer criterios concretos de lesividad de las conductas incriminadas.

A favor de la consideración de la protección de las especies que integran la diversidad marisquera puede alegarse en primer lugar la ubicación sistemática del delito dentro de los relativos a la protección de la flora y la fauna, así como la *voluntas legislatoris* expresada en la justificación de la enmienda en el Senado en virtud de la cual se introdujo finalmente en el texto legal<sup>145</sup>.

No obstante, como ya se señaló en su momento<sup>146</sup>, la tipificación originaria del delito contenido en el art. 335.2 CP (en el que viene ahora a «embutirse» el delito de marisqueo ilegal) estuvo motivada por la intención de salvaguardar intereses meramente patrimoniales, los cuales, a la vista del tenor legal, eran en efecto los únicos que podían identificarse como objeto de protección en esta controvertida figura. Y lo cierto es que, en principio, nada invita a revisar esta conclusión tras la reforma de la LO 1/2015. Las posiciones doctrinales siguen confirmando que el contenido del precepto responde a la protección de intereses económicos<sup>147</sup>, lo que, al mismo tiempo, cuestiona de plano su propia incriminación (al menos, como delito contra la fauna). En este sentido, MATA LLÍN EVANGELIO, luego de recordar los motivos de naturaleza económica a que obedeció la tipificación originaria de la caza y pesca ilegal en 2003 (motivos, en su opinión, hoy camuflados), opta por superar la configuración meramente formal del delito, supliendo la carencia de lesividad mediante una configuración típica como delito de peligro abstracto, de forma tal que resulte únicamente aplicable cuando se compruebe efectivamente la potencialidad lesiva de la conducta para el bien jurídico de la biodiversidad, no contrarrestada en el caso concreto<sup>148</sup>.

Si aplicamos ahora este criterio, ya surgido hace tiempo en relación con las especies objeto de caza y pesca, a las actualmente incriminadas actividades de marisqueo (relevantes) nos encontramos con que tal criterio ha de suponer una importante restricción al posible castigo penal de actividades de furtivismo, así como, en mi opinión, una imposibilidad de aplicación en aquellos casos en que lo capturado

<sup>145</sup> Vid. supra, V.2.

<sup>146</sup> Supra, III.2.

<sup>147</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (2015), p. 312; RODRÍGUEZ ARIAS, Antonio Mateos (2015), p. 571; ALASTUEY DOBÓN, Carmen (2016), p. 528; MORALES PRATS, Fermín (2016), pp. 1299 s.; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2018), p. 159. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (2015), p. 999, señala que es un comportamiento que o bien atenta contra el derecho de propiedad o contra derechos administrativos, entendiendo que solo el primer apartado merecería protección penal (aunque el lugar pertinente sería el de los delitos patrimoniales), debiendo el segundo limitarse al reproche sancionador administrativo. Según MARTÍN LORENZO, María (2018), 1577, la razón de ser del tipo no es la calidad biológica de las especies, sino la protección del lugar de caza o pesca, por sus particularidades cinegéticas o acuícolas, o incluso los intereses patrimoniales de los titulares de los cotos, lo que plantea serias dudas sobre la legitimidad de la intervención penal, relacionada con el bien jurídico biodiversidad de forma más indirecta y de rasgos claramente formales.

<sup>148</sup> MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela (2015), p. 1067. En sentido similar, MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (2015), p. 314.

ilegalmente sean especies en explotación de cultivos marinos. En este último supuesto y contexto, los planes de explotación a través de diversas modalidades de acuicultura marina constituyen un sistema económico de ordenación del sector mediante el cultivo de especies, que poco (o muy remotamente) tiene que ver con una afectación medioambiental a la conservación de la biodiversidad. Lo que principalmente y de manera directa resulta afectado aquí son los derechos de exclusiva en la explotación y los subsiguientes derechos de propiedad que de ello se derivan.

Pero, a mi criterio, no resulta oportuno otorgar carta de naturaleza a estos derechos de propiedad como bien jurídico protegido en el delito del 335.2 CP, el cual debe seguir interpretándose en la línea doctrinalmente apuntada como delito contra la biodiversidad, reclamando, consecuentemente, una acreditación de la lesividad de la conducta en el caso concreto. Ello no supone descartar la eventual reflexión sobre la oportunidad de castigar penalmente las conductas de marisqueo furtivo a través de una figura específica dentro de los delitos patrimoniales.

#### *4.2. La determinación del objeto material del delito de marisqueo ilegal del art. 335.2 CP*

En cuanto al objeto material del delito del art. 335.2 CP hay que señalar, en primer lugar, que las especies abarcadas en el art. 335 CP se definen en el propio precepto por exclusión. Y como hemos dicho, frente a la antigua redacción (que había generado las distorsiones y discrepancias ya conocidas), el tipo resulta ahora aplicable a aquellas especies «distintas de las indicadas en el artículo anterior». Es decir, las conductas del art. 335.2 CP recaerán sobre especies que no tengan la consideración de especies protegidas ni estén catalogadas en peligro de extinción, configurándose así como un tipo penal subsidiario del art. 334 CP, e independiente del art. 335.1 CP.

En segundo lugar, como ya se apuntó al inicio de este trabajo<sup>149</sup>, los verbos que describen las conductas de cazar, pescar y realizar actividades de marisqueo tienen en sí mismos la virtualidad de servir (junto con otros criterios típicos) a la delimitación de las especies que constituyen el objeto material de las respectivas conductas prohibidas. Por ello habrá que convenir que las actividades de marisqueo tienen por objeto especies animales distintas de las abarcadas por las conductas de pesca. De no admitirse así, se llegaría a la irrazonable conclusión de que la referencia a las actividades de marisqueo vendría a ser completamente superflua por reiterativa, algo que se compadece mal con la redacción modificada del precepto del art. 335.2 CP tras la LO 1/2015. Por otro lado, el hecho de que no se conozcan sentencias por marisqueo ilegal conforme al art. 335 CP con anterioridad a la reforma de 2015 (estando hasta entonces ya incriminada la pesca ilegal) parece confirmar que, desde

<sup>149</sup> Vid. apartado I.



el punto de vista penal, el marisqueo nunca se contempló como modalidad de pesca<sup>150</sup>.

De hecho, la realización de actividades de marisqueo solo habría podido entenderse como modalidad de «pesca» asumiendo un sentido demasiado laxo del término. Es cierto que la asunción de una interpretación extensiva del concepto de pesca, dando cabida al marisqueo, podría considerarse compatible con la garantía de legalidad (y, en consecuencia, constitucionalmente admisible) en la medida en que tal acepción amplia pudiera considerarse una de las literalmente posibles del término «pesca», lo cual no resulta descartable de entrada. Sin embargo, teniendo en cuenta que la legislación actualmente en vigor incorpora la referencia expresa a las actividades de marisqueo como actividad separada de la pesca (y la caza), parece que –al menos actualmente– resulta obligada una interpretación razonable y sistemática del ámbito de aplicación de los respectivos verbos típicos, proyectados, cada uno de ellos, sobre especies distintas. Y entiendo, además, que esta conclusión ha de generar también sus efectos sobre la interpretación del art. 335.1 CP, de forma tal que, no estando expresamente prevista en este primer apartado la conducta de marisqueo, la prohibición en él contenida solo afectará a las conductas de (caza y) pesca en sentido estricto.

En conclusión, objeto material del delito de marisqueo ilegal del art. 335.2 CP serán únicamente aquellas especies (no protegidas ni en peligro de extinción) para cuya extracción o captura se requiera la correspondiente concesión o autorización marisquera o acuícola. Señala CORCOY BIDASOLO que en principio hay que entender que la actividad de marisqueo solo puede llegar a ser típica si se trata de «mariscos silvestres», pero no cuando se trate de marisco de viveros o criaderos, porque en tal supuesto estaríamos, en su caso, ante delitos de hurto o daños<sup>151</sup>, lo cual viene a refrendar la postura que hemos apuntado en relación con el bien jurídico protegido.

#### 4.3. *La conducta típica del art. 335.2 CP referida al marisqueo ilegal*

##### 4.3.1. La realización de actividades

La conducta típica del delito que estamos analizando se describe a través de una redacción cuya compleja estructura gramatical demanda algunos esfuerzos para desentrañar su auténtico tenor literal<sup>152</sup>. La inicial enumeración de conductas

<sup>150</sup> Si se conocen, en cambio, sentencias penales en las que se cuestiona la posible comisión del delito del art. 335 CP por la extracción no autorizada de coral, teniendo en cuenta que esta especie animal sí entra dentro del concepto de pesca, y es objeto específico de regulación en las respectivas normativas sobre pesca de coral. Así, SAP Girona 42/2003, de 8 de abril; SAP Girona 821/2004, de 4 de octubre (casada por STS 187/2006, de 23 de febrero, que procede a dictar segunda sentencia ajustada a Derecho).

<sup>151</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2015), p. 1199.

<sup>152</sup> Y ello se debe a que, como he señalado, el marisqueo furtivo fue literalmente embutido en el texto hasta entonces vigente del art. 335.2 CP.

típicas disyuntivas, seguida de la expresión alternativa de sintagmas adverbiales de lugar y de modo, obliga a dilucidar cuál o cuáles de ellos resultan de aplicación a los respectivos verbos típicos. Las tres conductas típicas alternativas son: cazar, pescar y realizar actividades de marisqueo relevantes. Cualquiera de ellas ha de recaer sobre especies distintas de las indicadas en el artículo anterior. Por su parte, el requisito típico que a continuación se describe, de que la conducta se lleve a cabo «en terrenos públicos o privados ajenos» viene referido, conforme a la estructura gramatical empleada, a las tres conductas típicas previamente mencionadas. Ciertamente, la referencia a «terrenos» ya planteaba problemas antes de la LO 1/2015 para los supuestos de pesca<sup>153</sup>, especialmente para los supuestos de pesca marítima, aunque también para la pesca continental si se entendía que la referencia contenida en el tipo lo era no solo a «terrenos públicos o privados ajenos», sino a «terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial». Los mismos problemas se extienden ahora para los casos de marisqueo, si bien considero posible una interpretación de la letra de la ley que refiera las actividades a marisqueo únicamente a «terrenos públicos o privados ajenos» (sin el requisito adicional del régimen cinegético). Siendo así, creo que también puede soportarse la referencia a «terrenos» entendiéndolo como sinónimo, en este contexto, de «territorio», permitiendo así dar entrada junto al espacio terrestre, a las aguas y al espacio aéreo sobre el que se proyecta la jurisdicción penal española. La conducta típica sería, entonces, *realizar actividades de marisqueo relevantes en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a concesión o autorización marisquera o acuícola sin el debido título administrativo habilitante*.

El comportamiento típico nuclear consiste en realizar actividades de marisqueo, de modo que para la aplicación del tipo será necesario acreditar la realización de esa concreta acción. En consonancia con la interpretación propugnada para caza y pesca, habrá que entender por actividades de marisqueo las referidas estrictamente a la extracción del marisco. En efecto, si por «cazar y pescar» hay que entender, de acuerdo con las respectivas regulaciones administrativas, la captura del animal terrestre o acuático, en vivo o previa causación de su muerte<sup>154</sup>, habrá que entender asimismo que «realizar actividades de marisqueo» abarca únicamente las referidas a la captura y extracción de las especies marisqueras.

Consecuentemente, los supuestos en los que se intercepta a un sujeto transportando en un vehículo especies marisqueras fuera de las vías legales, no serán suficientes para castigar por este delito mientras no conste que el sujeto haya llevado a cabo por sí solo o conjuntamente con otro (u otros) aquellas actividades de maris-

<sup>153</sup> Así lo señalaba BLANCO CORDERO, Isidoro (2011), p. 1308, aunque entendía que el principio de vigencia obligaba a interpretar el precepto en el sentido de que la pesca también estaría incluida como conducta punible.

<sup>154</sup> SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso (1998), 137; RAMOS RODRÍGUEZ, Luis (2007), p. 639.

queo<sup>155</sup>. Por supuesto, no se descarta la posibilidad de castigar a través de alguna de las formas de participación (cooperación necesaria o complicidad) a ese sujeto que transporta el marisco si él mismo, aun sin haber realizado la conducta típica nuclear, ha cooperado en la extracción ilegal previamente realizada por el autor del hecho. Pero fuera de esos casos, el comportamiento del sujeto que, sin haber tomado parte en la ejecución del delito pero con conocimiento de su previa comisión, interviene en la fase posterior a la consumación, habrá de integrar, en su caso, un delito de encubrimiento, blanqueo de capitales o contrabando.

Fruto de la concreta descripción de la conducta prohibida tampoco se puede castigar por este delito a quienes intervienen en la fase posterior de comercialización del producto extraído del mar; esto es, a la persona que compra el marisco (a menos que en el caso concreto se le pudiese considerar inductora).

#### 4.3.2. El requisito de la relevancia de las actividades de marisqueo

El tipo penal no se conforma con la realización de actividades de marisqueo, sino que estas deben ser *relevantes*. Curiosamente, este es un requisito que no se exige para las conductas de caza ni de pesca (a las que aquellas resultan asimiladas)<sup>156</sup>. Por ello -con mayor motivo, si cabe- el requisito de la relevancia ha de suponer la exigencia de restricciones típicas para delimitar el umbral de lo punible y, especialmente, para marcar la frontera con la mera infracción administrativa<sup>157</sup>. Con todo, el problema es que, tratándose de un elemento valorativo, la ley no ofrece parámetros concretos acerca de cómo haya de valorarse esa relevancia de las actividades de marisqueo<sup>158</sup>. En definitiva, si el empleo de términos valorativos en

<sup>155</sup> En sentido similar, ya la SAP Soria núm. 102/1998, de 17 de noviembre, entendió que no podía castigarse por el delito de caza del art. 335 CP a un sujeto que fue interceptado transportando en el vehículo que conducía diversas partes de cuerpo de ciervo recién matado, al no haberse acreditado que el acusado hubiese llevado a cabo acción cinegética alguna constitutiva de la acción de «cazar». La sentencia se ocupa de señalar que el art. 335 CP únicamente sanciona (en la redacción vigente al momento de los hechos) las conductas de cazar y pescar, a diferencia del art. 334 CP, donde tendrían cabida otras conductas (realizar actividades que impidan o dificulten la reproducción o migración de especies, comerciar o traficar con ellas o con sus restos) que, sin embargo, habrían de ir referidas a especies amenazadas o en peligro de extinción. En sentido similar, se llega a un pronunciamiento absolutorio por delito del art. 335 CP en la SAP Sevilla 26/2000, de 24 de febrero, al resultar imposible la determinación de cuál de los dos acusados realizó la acción típica consistente en dar muerte al ave (no cazable) que portaban en el vehículo.

<sup>156</sup> Esto podría sugerir una crítica por posible quiebra del principio de proporcionalidad.

<sup>157</sup> En el caso de Galicia, en materia de pesca profesional y marisqueo constituye infracción grave en el art. 137.B.2 de la Ley 11/2008, de 3 de diciembre, de Pesca de Galicia, «el ejercicio de la actividad extractiva sin el título administrativo habilitante», sancionada con multa de 151 a 30.000 euros, y pudiendo imponerse asimismo como sanciones accesorias, por un período máximo de tres años, la inhabilitación para el ejercicio o desarrollo de actividades pesqueras, marisqueras, de buceo profesional o de formación náutica de recreo, la suspensión, retirada o no renovación de las autorizaciones o la imposibilidad de ser beneficiaria de préstamos, subvenciones o ayudas públicas convocadas por la Administración autonómica en las materias reguladas en la Ley.

<sup>158</sup> Para MARQUÈS I BANQUÉ, María (2015), p. 672, este elemento valorativo es el que requerirá de mayor concreción en sede jurisprudencial. OLMEDO CARDENETE, Miguel (2015), p. 777, señala que la nota de «relevantes» (que han de adquirir las actividades de marisqueo castigadas) supone un atentado al necesario carácter taxativo que debe tener la Ley penal.

la definición de las prohibiciones penales ya opera ordinariamente en detrimento de las exigencias de taxatividad y certeza, este efecto se exaspera hasta límites dudosamente admisibles cuando el legislador omite aportar la más mínima referencia a criterios referenciales en la toma de decisiones sobre el carácter (relevante o no, y en base a qué) de las actividades de marisqueo que constituyen en tipo. La relevancia es, así, una «cláusula general» que incorpora una previsión abierta sobre los casos a los que ha de resultar aplicable la consecuencia jurídica prevista en el tipo<sup>159</sup>. Por ello puede considerarse que concurre aquí un déficit constitucionalmente relevante de la garantía de taxatividad, en los términos expresados en la STC 105/1988, de 8 de junio por tratarse de un tipo penal formulado «en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el estricto sentido de la palabra, de los Jueces y Tribunales».

Si se observa el Libro II del CP español, son numerosos los casos en que el legislador emplea ese mismo término («relevante») en relación con circunstancias o acciones a las que se atribuye trascendencia penal<sup>160</sup>. Estos supuestos pueden sistematizarse distinguiendo dos grandes grupos de delitos, a los que cabría añadir, como supuesto particular, el art. 332 CP, al que se hará referencia en tercer lugar. El primer grupo estaría constituido por aquellos delitos en los que la relevancia se predica del resultado o del riesgo generado por el delito (según se trate de delitos de resultado o de peligro), sirviendo al establecimiento de tipos agravados de las respectivas conductas típicas. Se encuentran en esta situación los siguientes:

- Art. 264 bis CP: en el delito de daños informáticos se prevé un tipo agravado si los hechos hubieran perjudicado de forma *relevante* la actividad normal de una empresa, negocio o de una Administración pública.
- Art. 266.1 CP: se establece un tipo agravado de daños cuando el hecho se cometiera utilizando medios que generen un riesgo *relevante* de explosión o causación de otros daños de especial gravedad.
- Art. 323.2 CP: el delito de daños al patrimonio histórico se castiga con una pena agravada cuando afecta a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente *relevante*.
- Art. 353.1.5.<sup>a</sup> CP: se establece un tipo agravado de incendios forestales cuando el incendio fuera provocado en un momento en que las condiciones climatológicas o del terreno incrementen de forma *relevante* el riesgo de propagación del mismo.

<sup>159</sup> Al respecto, vid. DOVAL PAIS, Antonio (1999), pp. 59-61. El mismo autor señala (ibídem, 213) que difícilmente pueden alcanzarse pronunciamientos equivalentes (que aseguren la regularidad, generalidad e igualdad en su aplicación) cuando las propias valoraciones de las normas jurídico-penales impiden extraerlas con alguna precisión por falta de arraigo de la descripción típica a unos referentes estables.

<sup>160</sup> El término se emplea también en varios momentos en el Libro I, pero a los efectos de este trabajo interesa más examinar su utilización en tipos concretos de la parte especial, y no tanto los casos en que se maneja en la regulación de la parte general.

En estos casos la relevancia no deja de ser un elemento valorativo, pero su directa relación con el resultado producido o con el riesgo generado por el delito acota indefectiblemente los parámetros en que ha de ser interpretado. Por eso su indeterminación inicial quedaría en todo caso atemperada por una motivación judicial obligadamente vinculada con el bien jurídico respectivamente protegido en cada caso (bien jurídico concreto y concretable a partir de los correspondientes tipos básicos). Sobre la posible operatividad de estos ejemplos en la interpretación del art. 335.2 CP volveremos un poco más adelante.

El segundo grupo lo constituirían aquellos delitos en los que la relevancia caracteriza precisamente a la acción típica, convirtiendo en penalmente significativa una conducta de, de otro modo, resultaría penalmente irrelevante. Así, en concreto, se recoge en los siguientes:

- Art. 259.1.6.<sup>a</sup> CP: en el delito de insolvencias punibles se contempla como conducta típica (entre otras) cometer irregularidades en la llevanza de la contabilidad que sean *relevantes* para la comprensión de la situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma *relevante* la comprensión de la situación patrimonial o financiera.
- Art. 348.4.b) CP: dentro de los delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes se contempla un tipo específico cuando los responsables de determinadas instalaciones o establecimientos falsearen u ocultaren a la Administración información *relevante* sobre el cumplimiento de medidas de seguridad obligatorias relativas a explosivos.
- Art. 460 CP: en el delito de falso testimonio se contempla una figura atenuada que castiga al testigo, perito o intérprete que, sin faltar sustancialmente a la verdad, la altere con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos *relevantes* que le fueran conocidos.

En estos casos el carácter relevante se predica de la propia conducta, aunque (a diferencia de lo que ocurre en el art. 335.2 CP) en mayor o menor medida la ley aporta parámetros concretos a los que referir tal calificación. Dicho de otro modo, en los ejemplos señalados el juzgador ha de valorar –en el primer caso- si la conducta es trascendente o significativa para opacar la situación patrimonial o financiera, o –en el segundo caso- para valorar y contener el riesgo en la gestión de explosivos, o – en el tercer caso- para dificultar el curso del proceso o la valoración de la prueba por parte del juez o tribunal. Por esta razón, estos tipos penales no sirven de referencia a los efectos del 335.2 CP, ni son equiparables a él.

En consecuencia podría reproducirse ahora, respecto de las actividades de marisqueo, la crítica que ya en su momento se había manifestado extensamente respecto de las acciones de cazar y pescar en relación con el original art. 335 CP, y

asimismo en relación con su sucesor, el art. 335.1 CP. Poniendo en duda (cuando no negando abiertamente) la constitucionalidad del precepto se ha venido sosteniendo que la norma penal no contenía el núcleo esencial del injusto, porque la acción típica de «cazar o pescar» es en sí misma neutra, y el objeto sobre el que recaen las conductas (en aquel momento, especies «no amenazadas»; actualmente, «no protegidas») no expresa una específica necesidad de tutela que dote a la acción de un contenido de antijuridicidad material, desplazándose todo el peso de la calificación de la conducta como delictiva a la normativa administrativa<sup>161</sup>. Pues bien, lo mismo podría decirse respecto de la realización de actividades de marisqueo que son, en sí mismas, neutras.

Por último, y ya en tercer lugar, entre las figuras que comparten ubicación con el art. 335.2 CP en el Capítulo IV del Título XVI -y como caso particular- cabe advertir que el art. 332 CP, destinado a castigar la destrucción, adquisición, posesión y tráfico de especies protegidas de flora silvestre, contempla una causa de atipicidad para aquellos casos en que la conducta «afecte a una cantidad insignificante de ejemplares y no tenga consecuencias *relevantes* para el estado de conservación de la especie». Algunos autores han señalado que esta limitación, que exige para la atipicidad la concurrencia cumulativa de los dos requisitos expresados, puede formularse a la inversa, entendiendo que para que las conductas señaladas sean sancionables penalmente es necesario que con ellas se haya afectado a una cantidad importante de ejemplares y se haya afectado de forma relevante el estado de conservación de la especie<sup>162</sup>. Esta conclusión es razonable por la derivación lógica de la doble negación, que equivale a afirmar lo doblemente negado.

Habiendo llegado a este punto, parecería sensato interpretar que la exigencia típica de relevancia de las actividades de marisqueo en el art. 335.2 CP haya de tener (al menos) los mismos efectos que la excepción de tipicidad contenida en el art. 332 CP; máxime cuando este último se refiere a especies –en ese caso, de flora- protegidas, y el art. 335 protege especies –de fauna- no protegidas. Porque en ambos casos el elemento de la relevancia es el único que marca los contornos de la (a)tipicidad penal, si bien en el primer caso se expresa como requisito típico (es decir, como elemento constitutivo de la infracción penal), y en el segundo caso como positivización por parte del legislador de una causa de atipicidad penal<sup>163</sup>.

<sup>161</sup> Así, en la doctrina: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (1997), p. 3288. En la jurisprudencia: STS 1302/1999, de 8 de febrero de 2000; SAP Girona 46/2003, de 9 de abril.

<sup>162</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (2015), p. 293.

<sup>163</sup> Partiendo de que asumo la teoría de los elementos negativos del tipo, entiendo -siguiendo a LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2016), p. 327- que la antijuridicidad penal como tal no es un elemento autónomo del delito, sino que precisamente está incorporada dentro de la tipicidad penal como selección de los supuestos más graves de injusto. De ahí que, desde el punto de vista dogmático, la (ausencia de causas de) atipicidad penal despliega los mismos efectos que la concurrencia de los elementos expresos del tipo legal. Coincido por ello con LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2016), pp. 328 s., en las consecuencias que se derivan de la concurrencia de una causa de atipicidad penal (o causa de atipicidad en sentido estricto), que coinciden esencialmente con las consecuencias de la falta de alguno de los elementos del tipo estricto o tipo positivo.

Con ello quiero decir que tanto una como otra previsión legislativa ha de tener efectos más allá de la operatividad general del principio de insignificancia como causa de atipicidad penal. Es decir, si el principio de insignificancia constituye ya una restricción tácita de todos (o la mayoría de) los tipos penales, las expresas previsiones legales ahora en cuestión han de dotarse de contenido restrictivo propio y adicional a aquel.

Por lo que hace a la relevancia requerida en el art. 335.2 CP hay que descartar que pueda interpretarse como causación de «graves daños» a la sostenibilidad de los recursos en zonas de concesión o autorización marisquera o acuícola, pues en ese caso resultaría de aplicación el tipo agravado previsto en el apartado 3 del 335 CP. Pero precisamente en atención a ello –y conforme se dejó apuntado al aproximarnos al primer grupo de delitos- puede interpretarse que si se contempla un tipo agravado por la gravedad de los daños producidos por las conductas contenidas en el tipo básico, estas últimas (las del art. 335.2 CP) han de tener siquiera una aptitud o idoneidad potencial para generar tales daños. De lo contrario, carecería de sentido (por ser contrario a los principios de ultima ratio y de proporcionalidad) que el legislador hubiese incriminado en el tipo básico conductas que ni siquiera representan un peligro para la sostenibilidad de los recursos marisqueros o acuícolas, y contemplase en un tipo agravado la causación efectiva de «graves daños», sin prever una sanción proporcional para las conductas de gravedad intermedia (es decir, aquellas que potencialmente pudieran dar lugar a esos daños). Es cierto que la disparidad de los marcos penales entre el tipo básico (art. 335.2 CP) y el tipo agravado (art. 335.3 CP) es considerable, pero este no es un argumento admisible para degradar las exigencias del contenido de lesividad del art. 335.2 CP, porque también existe una contrastada diferencia entre poner en peligro la sostenibilidad de los recursos marisqueros o acuícolas y generar daños (que, además, han de ser graves) a ese mismo interés.

La Unidad de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía General del Estado ya recogía en su Memoria del año 2015 la preocupación expresada por los Fiscales Delegados de Medio Ambiente de la Comunidad de Galicia en relación con la interpretación de la realización de actividades de «marisqueo relevantes», según el art. 335.2 CP. Como se refiere en la memoria, llegaron a establecerse, a título orientativo, como posibles parámetros de concurrencia conjunta para valorar la relevancia, el acopio o cantidad, la repetición de infracciones y las circunstancias de tiempo y lugar, etc. Criterios que por su amplitud y vaguedad resultan escasamente útiles.

Parece, en todo caso, que de entrada han de quedar fuera del tipo penal todos aquellos supuestos que, por sus circunstancias, puedan reputarse como modalidades de marisqueo recreativo, entendiendo por tal aquel que se realiza por entretenimiento, deporte o afición, sin ánimo de lucro, y sin que las capturas obtenidas sean

objeto de venta ni de transacción. Estas conductas han de ser objeto de una normativa administrativa específica que regule de manera más precisa (incluyendo, en su caso, infracciones y sanciones) lo previsto con carácter general en el art. 31.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, según el cual «La utilización del dominio público marítimo-terrestre y, en todo caso, del mar y su ribera será libre, pública y gratuita para los usos comunes y acordes con la naturaleza de aquél, tales como pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo y que se realicen de acuerdo con las leyes y reglamentos o normas aprobadas conforme a esta Ley»<sup>164</sup>.

Por su parte, en la única sentencia que hasta ahora hemos conocido de aplicación del art. 335.2 CP a actividades de marisqueo ilegal (denominado en la propia sentencia como «delito de marisqueo ilegal»)<sup>165</sup> la Audiencia Provincial revoca la condena previa a dos sujetos por extracción ilegal de percebe, entendiendo que la cantidad capturada de 36,16 kg., tratándose de tres mariscadores (los dos encausados y una tercera persona no identificada) arroja una repercusión cuantitativa *per capita* de 11,38 kg., que no es una cantidad notoriamente superior a la cantidad máxima permitida en la ley autonómica por persona y día (7 kg.), «ni, por tanto, relevante a los efectos de perfección del tipo en cuestión»<sup>166</sup>.

En mi opinión resulta totalmente asumible la solución de la Audiencia Provincial en la resolución que acaba de señalarse, si bien entiendo, como ya antes dejé apuntado, que la relevancia de las actividades de marisqueo ha de interpretarse atendiendo a la aptitud o idoneidad lesiva de la conducta para para la sostenibilidad de los recursos marisqueros o acuícolas, en atención al grado de peligro que en tal sentido se acredite.

#### 4.3.3. Realización de las actividades sin el debido título administrativo habilitante

Hasta la reforma de la LO 1/2015, las actividades punibles de caza (o pesca) recogidas en el art. 335.2 CP descansaban en la falta de permiso del titular de los terrenos sometidos a régimen cinegético especial. Tras la reforma, la ausencia del debido título administrativo habilitante es requisito típico de las actividades de marisqueo relevantes que se lleven a cabo en terrenos sometidos a concesión o autorización marisquera o acuícola. De esta forma, el título administrativo respecto de las actividades de marisqueo cumple la misma función típica que el permiso del titular del terreno sometido a régimen cinegético especial en relación con las actividades de caza. Por su parte, las actividades de pesca marítima siguen siendo, en parte, un elemento extraño en el contexto del tipo penal del art. 335.2 CP (en la

<sup>164</sup> Como ejemplo en este sentido, en NAVEDO, Juan G./HERRERA, Alejandro G./ARRANZ, David (2011).

<sup>165</sup> SAP A Coruña 261/2018, de 10 de mayo.

<sup>166</sup> La cursiva pertenece al texto original.



medida en que no son susceptibles ni de permiso del titular del terreno, ni están sometidas a autorización marisquera o acuícola).

Con ello se diseña, respecto del castigo penal del furtivismo en el marisqueo, un claro régimen de accesoriadad administrativa de acto<sup>167</sup>, lo que convertiría al tipo penal en claramente inconstitucional si se interpreta como ilícito meramente formal que penaliza el incumplimiento de una prohibición administrativa. Por ello, en aplicación de la (aun discutible) doctrina del TC sobre el principio de conservación de ley<sup>168</sup>, procederá al menos efectuar una interpretación conforme con la CE, consistente en incorporar al precepto un referente material de lesividad, en los términos que ya han quedado apuntados.

Con todo, aun cuando se pudiera hallar en el actual art. 335 CP una interpretación respetuosa con el principio de lesividad (más allá de la mera desobediencia), propugnando la necesaria constatación en el caso concreto de una aptitud lesiva de la conducta en relación con el bien jurídico de la biodiversidad<sup>169</sup>, puede sostenerse que el adelantamiento de las barreras de punición hasta el punto de castigar la mera realización de actividades de marisqueo relevantes careciendo de título administrativo habitante, conlleva el riesgo de fomentar la pasividad de la autoridad administrativa en sus potestades sancionadoras y de regulación y control de la actividad marisquera<sup>170</sup>. Junto a ello, como ya apuntara en su día MUÑOZ LORENTE, la penalización de este tipo de conductas puede conducir al efecto perverso de que a los infractores les resulte «más barato» el recurso al ámbito penal, al verse expuestos a sanciones inferiores a las previstas en el ámbito administrativo<sup>171</sup>. Y en cualquier caso, como sostiene DOVAL PAIS, la construcción de tipos penales partiendo de lo establecido en normas administrativas que no se han mostrado aptas para la protección pretendida, aduciendo para ello razones de necesidad sentidas por los ciudadanos o reclamos sociales, no significa ningún avance hacia un Derecho penal mínimo, sino un sutil retroceso hacia un régimen penal máximo<sup>172</sup>.

Por su parte, las expectativas disuasorias que cabe esperar de la intervención punitiva (frente a la respuesta administrativa sancionadora) pueden ponerse en tela de juicio si se compara la similitud existente entre las consecuencias jurídicas previstas para una y otra clase de infracción en materia de actividades de marisqueo sin

<sup>167</sup> MARTÍN LORENZO, María (2018), 1577.

<sup>168</sup> En los términos de la STC 24/2004, de 24 de febrero, que, declarando contrario al art. 25.1 CE el precepto que castiga «la tenencia de armas prohibidas» (art. 563 CP) optó por otorgarle una interpretación conforme a la Constitución, en lugar de anularlo. Al respecto, ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2012), IV.2.

<sup>169</sup> Así lo exige MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela (2015), p. 1067. No obstante, es muy probable que esta interpretación suponga una derogación tácita o de facto del art. 335.2 CP, como ya apuntaba MUÑOZ LORENTE, José (2001), p. 114, en relación con la redacción original del art. 335 CP (que adolecía de los mismos problemas de legitimidad que el actual art. 335.2 CP).

<sup>170</sup> Destacaban ya este riesgo de fomento de la pasividad de la autoridad administrativa en relación con la redacción original del art. 335 CP de 1995, HAVA GARCÍA, Esther/MARQUÈS I BANQUÈ, María (1999), p. 86.

<sup>171</sup> MUÑOZ LORENTE, José (2001), p. 116.

<sup>172</sup> DOVAL PAIS, Antonio (1999), pp. 211 s.

título administrativo habilitante; sin que ello suponga desconocer el particular carácter aflictivo de la sanción penal y la posible operatividad en este contexto de la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa.

#### 4.4. Posibles relaciones concursales

Asumiendo como premisa lo ya apuntado anteriormente, de que no caben en el concepto de pesca conductas de marisqueo, resultará para estas en todo caso inaplicable la regla concursal prevista en el propio 335.2 *in fine*. Y ello porque realizando actividades marisqueo nunca se puede cometer el delito de pesca prohibida castigado en el art. 335.1 CP.

En cuanto a la posible concurrencia del delito de marisqueo ilegal del art. 335.2 CP con el delito de fraude alimentario del art. 363.3 CP, no debería ser en modo alguno descartable un concurso de delitos (que, de darse los presupuestos de uno y otro, entiendo que habría de calificarse como concurso real). No obstante, ello dependerá en gran medida de la postura que adopte la Fiscalía al respecto, y es posible que la nueva incriminación facilite la acusación por delito del art. 335.2 CP, descartando la petición de condena por otro delito -el del art. 363.3 CP- que, por los motivos que he dejado expuestos a lo largo del trabajo, nunca debió ser aplicado a las conductas de marisqueo furtivo en los términos en que lo fue.

## VI. Consideraciones finales

Por todo cuanto se ha dejado expuesto cabe señalar que la LO 1/2015, con su decisión de incriminación expresa del marisqueo furtivo, constituye solo un paso más en el intento de hacer frente a una problemática social concreta que, con incidencia específica en la Comunidad Autónoma de Galicia, genera graves perjuicios económicos y sociales a un sector estratégico del que depende una parte importante de la población del noroeste peninsular.

No obstante, existen motivos para reclamar en la preservación del sector marisquero otras políticas activas que resulten más efectivas que la (siempre limitada) política criminal. Casos recientes conocidos, como la supuesta red de tráfico ilegal de almeja extraída por mariscadores furtivos (la mayoría, inmigrantes) en el estuario del Tajo en Lisboa (zona altamente contaminada por metales pesados) y posteriormente distribuida en España, hacen pensar que los peligros reales para la salubridad del marisco que consumimos están más relacionados con las políticas ambientales<sup>173</sup> que con el comportamiento de los furtivos. Los niveles de contaminación de las aguas marítimas y continentales, las catástrofes naturales que han provocado accidentes como el del hundimiento en Galicia del buque petrolero Prestige en 2002 o una política ambivalente en materia de explotaciones mineras

<sup>173</sup> Vid. NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2009), y *la misma* (2015).

son solo algunos ejemplos de las amenazas para el sector pesquero y marisquero que escapan a la intervención del Derecho penal<sup>174</sup>, mientras el instrumento punitivo se destina a combatir comportamientos que previsiblemente deberían tener su adecuado tratamiento a través del Derecho administrativo.

Por otro lado, la incriminación expresa del marisqueo ilegal operada por la LO 1/2015, solo alcanza a castigar penalmente la extracción furtiva, desconociendo los condicionantes sistémicos en que se produce el furtivismo e ignorando otros problemas de fondo que lo incentivan y sobre los que también sería necesario intervenir de un modo no coercitivo<sup>175</sup>.

Por último, los problemas de técnica legislativa que plantea el vigente art. 335.2 CP en su modalidad de marisqueo furtivo o ilegal anticipan una preocupante inseguridad jurídica que -en tanto no se plantee una nueva cuestión de inconstitucionalidad del precepto- habrá de ser compensada por una cabal interpretación y aplicación jurisprudencial del delito.

## Bibliografía

- ALASTUEY DOBÓN, Carmen (2016), «Capítulo 24: Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente II. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos», en: ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, pp. 553-570.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2012), «Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco. Consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 8 de mayo», *Diario La Ley*, n.º 7922.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos (2006), «Artículo 334: la protección penal de animales en peligro de extinción», en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código penal, Segunda época*, t. X (Vol. II), pp. 351-365.
- (2006a), «Artículo 335: los delitos de caza y pesca ilegales», en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código penal, Segunda época*, t. X (Vol. II), pp. 367-378.
- BLANCO CORDERO, Isidoro (2003), «Los delitos relativos a la protección de la flora y fauna. Interpretación y aplicación por los tribunales de justicia», *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, pp. 31-79.
- (2011), «Artículo 335», en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, pp. 1306-1309.
- (2015), «Artículo 335», en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, Tomo IV, pp. 169-172.

<sup>174</sup> Como ejemplo reciente, basta citar la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Pontevedra 61/2019, de 28 de febrero, que confirma la multa de 20.000 euros al Puerto de Vilagarcía de Arousa por vertido de materiales contaminantes al mar.

<sup>175</sup> MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo/RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gonzalo/BANDE RAMUDO, Roberto (2017), p. 5.; MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo (2018), p. 166.

- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (2011), «Art. 335», en: FARALDO CABANA, Patricia (Dir.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 412-425.
- BROULLÓN ACUÑA, Esmeralda (2010), «Culturas marítimas y relaciones de poder. La trayectoria del marisqueo a pie en las Rías Bajas gallegas», *Cuadernos de Estudios Gallegos*, LVII, n.º. 123, pp. 375-399.
- CARMONA SALGADO, Concepción (2000), «Lección 29. Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna. Disposiciones comunes», en: COBO DEL ROSAL, Manuel, *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, Marcial Pons, Madrid, pp. 609-642.
- CHAPELA PÉREZ, María Rosa (1997), «Los conceptos de ‘pesca marítima’ y ‘ordenación del sector pesquero’ a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 49, pp. 249-274.
- (2000), «Del marisqueo a los cultivos marinos: un nuevo reto para el derecho administrativo», en: SOSA WAGNER, Francisco (Coord.), *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, vol. 3, pp. 4169-4186.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (1997), «Art. 335», en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo II, Trivium, Madrid, pp. 3287-3290.
- (2012), «Art. 335», en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Dir.), *Código Penal comentado*, 3.ª ed., Bosch, Barcelona.
- CONSELLERÍA DE SANIDADE-XUNTA DE GALICIA (2014), «Primeira notificación de intoxicación pola biotoxina ASP en Galicia», *Venres Epidemiolóxico: folla quincenal de información epidemiolóxica de Galicia*, vol. 3, n.º 16.
- CONSELLERÍA DO MAR-XUNTA DE GALICIA (2011), *O furtivismo mariño e a súa incidencia na Comunidade Autónoma de Galicia*, Consellería do Mar-Xunta de Galicia, A Coruña.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2015), «Art. 335 CP», en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1198-1201.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto (1996), *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Cedecs, Barcelona.
- (2000), «Derecho comunitario y derecho estatal en la tutela penal del ambiente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 02-04.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2013), «Capítulo 7: Derecho penal del medio ambiente», en: ORTEGA ÁLVAREZ, Luis; ALONSO GARCÍA, Consuelo (Dirs.), *Tratado de Derecho ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 287-320.
- (2018), *Derecho penal del medio ambiente*, Iustel, Madrid.
- DE VICENTE REMESAL, Javier; GARCÍA MOSQUERA, Marta (2010), «Algunos aspectos esenciales del fraude alimentario. (A propósito de unos supuestos de comercialización de vieiras contaminadas)», en: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Dir.), *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid.
- DOVAL PAIS, Antonio (1999), *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- FERNÁNDEZ CORTÉS, Francisco (1993), «Ordenación bioeconómica do marisqueo», *Cooperativismo e Economía Social*, n.º 7, pp. 3-22.
- FRANGOUES, Katia; MARUGÁN PINTOS, Begoña; PASCUAL-FERNÁNDEZ, José J. (2008), «From open access to co-governance and conservation: The case of women shellfish collectors in Galicia (Spain)», *Marine Policy*, 32, pp. 223-232.
- FUENTES OSORIO, Juan L. (2010), «¿Delito medioambiental como delito de lesión?», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. I, n.º 2, pp. 1-61.
- (2012), «Accesoriedad administrativa y delito ecológico», en: PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (Coord.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 707-734.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen (2013), «Los delitos contra la flora, la fauna y los animales domésticos. Análisis doctrinal y jurisprudencial, con referencia a la reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15-11, pp. 1-65.
- GARCÍA PÉREZ, Marta; BARRIO GARCÍA, Gonzalo (2001), «El marco constitucional de la pesca marítima. A propósito de la STC 9/2001, sobre Ley de pesca de Galicia», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 5, pp. 911-932.
- GIL CREMADES, Rafael (1999), «El reparto de competencias en el sector económico de la pesca marítima (historia de una mutación constitucional)», *Autonomies: revista catalana de Dret públic*, n.º 25, pp. 67-83.
- GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis (1991), «Sobre la accesoriedad del Derecho penal en la protección del medio ambiente», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XIV, pp. 109-136.
- GONZÁLEZ VIDAL, Manuel (1989), «El furtivismo en la pesca de Galicia», en: *Jornadas sobre economía y sociología de las comunidades pesqueras*, 20, 21, 22 de mayo de 1987, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, pp. 407-418.
- HAVA GARCÍA, Esther (2009), *La tutela penal de los animales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2011), «La protección del bienestar animal a través del Derecho penal», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, pp. 259-304.
- HAVA GARCÍA, Esther; MARQUÈS I BANQUÉ, María (1999), «El delito de caza del artículo 335 del Código Penal. Interpretación y aplicación a propósito de un caso real: el caso ceutí», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 2, pp. 65-90.
- LAGO, Jorge; VALVERDE, Iago; VIEITES, Juan M.; CABADO, Ana G. (2008), «Disminución del contenido de ácido domoico en vieiras (*Pecten maximus*) mediante un proceso fácilmente aplicable en la industria transformadora», en: GILABERT, Javier (Ed.), *Avances y tendencias en Fitoplancton Tóxico y Biotoxinas. Actas de la IX Reunión Ibérica sobre Fitoplancton Tóxico y Biotoxinas*, Universidad Politécnica de Cartagena, Cartagena, pp. 253-257.
- LIROLA DELGADO, Isabel (2018), «Tráficos ilícitos y criminalidad organizada en el mar: retos en el horizonte 2050», *bie3: Boletín I.E.E.E.*, n.º 11, pp. 850-871.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2016), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MAHOU LAGO, Xosé María (2008), *Implementación y gobernanza: la política de marisqueo en Galicia*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela.

- MARQUÈS I BANQUÉ, María (2015), «Delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos», en: Quintero Olivares, Gonzalo, *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, pp. 667-683.
- MARTÍN LORENZO, María (2018), «Delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos y asimilados», en: VV. AA., *Memento Práctico Penal 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, número marginal 13880 ss.
- MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gonzalo; Bande Ramudo, Roberto (2017), «Incentivos estructurales para la práctica del furtivismo marisquero en Galicia: una aproximación cualitativa», en: PUEYO LOSA, Jorge Antonio; URBINA, Julio Jorge, *La reforma de la gobernanza pesquera internacional y europea*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, pp. 233-251.
- MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo (2018), *Cumplimento e adhesión á ordenación do marisqueo en contextos institucionais concretos: análise do furtivismo marisqueiro en Galicia*, Tesis de Doctorado, Universidad de Santiago de Compostela.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (2007), «Las reformas penales de la LO 15/2003 en el ámbito patrimonial y socioeconómico», en: NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; GARCÍA ALFARAZ, Ana Isabel (Coords.), «*Universitas Vitae*». *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 451-490.
- (2011), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel (1968), «Hacia un concepto criminológico del furtivo español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 21, pp. 505-520.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María (2016), «La paralización temporal de la actividad de los mariscadores: instrumentos de protección social públicos y privados», en: SOBRINO HEREDIA, José Manuel (Dir.), *La toma de decisiones en el ámbito marítimo: su repercusión en la cooperación internacional y en la situación de las gentes del mar*, Bomarzo, Albacete, pp. 413-429.
- MARUGÁN PINTOS, Begoña (2012), «La organización de las mariscadoras como agentes de transformación social», *Em Debate (Florianópolis)*, n.º 7, pp. 82-106.
- MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (2015), «Protección penal de la biodiversidad (arts. 332, 334 y 335 CP)», en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1047-1071.
- MERCADO PACHECO, Pedro (2013), «Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, pp. 85-108.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO (2007), «Brotos de intoxicación alimentaria por biotoxinas marinas debidos al consumo de pescado y marisco en España. 2003-2006», *Boletín Epidemiológico Nacional*, vol. 15, n.º 12.
- MORALES PRATS, Fermín (2016), «Artículo 335», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 10.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra.
- MORELLE HUNGRÍA, Esteban (2017), «La pesca ilegal como actividad delictiva: una aproximación a la problemática española», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 74, pp. 1-24.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen; GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (2015), *Manual de Derecho penal medioambiental*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

- MUÑOZ CONDE, Francisco (1996), *Derecho Penal. Parte Especial*, 11.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2017), *Derecho Penal. Parte Especial*, 21.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ LORENTE, José (2001), «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*, vol. LIV, pp. 71-141.
- (2004), «Juicio crítico sobre las reformas penales en materia medioambiental introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal», *La Ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 6, pp. 5-48.
- (2007), «Los delitos relativos a la flora, fauna y animales domésticos (o de cómo no legislar en Derecho penal y cómo no incurrir en despropósitos jurídicos)», *Revista de Derecho penal y criminología*, 2.<sup>a</sup> Época, n.º 19, pp. 309-363.
- NAVEDO, Juan G.; HERRERA, Alejandro G.; ARRANZ, David (2011), «La prohibición del marisqueo recreativo como herramienta de gestión en zonas litorales: el caso de las marismas de Santoña», *Monte Buciero*, n.º 15, pp. 161-175.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2009), «Evolución e deficiencias no Dereito ambiental en Galicia», en PERNAS GARCÍA, José (Ed.), *Análisis y reflexiones sobre el Derecho ambiental en Galicia: Jornadas sobre la situación actual y nuevas perspectivas del Derecho ambiental en Galicia (CEIDA, 26 de noviembre de 2008)*, Universidade da Coruña, Servicio de Publicacións, A Coruña, pp. 73-83.
- (2015), «Derecho y política ambientales en Galicia: escasa actividad normativa y conflictividad económica alrededor de actividades con repercusión ambiental», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. VI, n.º 1, pp. 1-10.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel (2015), «Principales novedades introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo en los delitos contra el medio ambiente, flora, fauna y animales domésticos», en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, pp. 767-781.
- PARDELLAS DE BLAS, Xulio (1990), «A tendencia cooperativa no marisqueo», *Coooperativismo e Economía Social*, n.º 2, pp. 3-13.
- (1992), «La gestión integral de los recursos marinos: acuicultura y marisqueo», *Revista de Estudios Agro-Sociales*, n.º. 160, pp. 275-288.
- PARDELLAS DE BLAS, Xulio; FERNÁNDEZ CORTÉS, Francisco (1996), «Los problemas socioeconómicos del marisqueo», *Papeles de Economía Española, Economía de las Comunidades Autónomas*, n.º. 16, pp. 163-168.
- PRATS CANUT, Josep Miquel; MARQUÈS I BANQUÉ, María (2002), «Artículo 335», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Navarra.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (2015), *Derecho penal español. Parte Especial*, 7.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- RAMOS RODRÍGUEZ, Luis (2007), «Delitos contra el medio ambiente (evolución y futuro)», en: NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; GARCÍA ALFARAZ, Ana Isabel (Coords.), «*Universitas Vitae*». *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 627-648.
- RED ESPAÑOLA DE MUJERES EN EL SECTOR PESQUERO (2016), *Diagnóstico sobre la situación profesional de las mujeres en el oficio del marisqueo en España*, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio ambiente, Madrid.
- REQUEJO CONDE, Carmen (2010), *La protección penal de la fauna. Especial consideración del delito de maltrato a los animales*, Comares, Granada.

- RODRÍGUEZ ARIAS, Antonio Mateos (2015), «Artículo 335», en: ROMA VALDÉS, Antonio (Dir.), *Código penal comentado. Especial consideración a las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Wolters Kluwer, Barcelona.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gonzalo; MARTÍNEZ BALLESTEROS, Víctor Hugo; GUEDES ALCOFORADO, Ihering (2014), «Derechos de propiedad en la acuicultura: una aproximación desde el cultivo de mejillón en Galicia», *Revista Galega de Economía*, vol. 23, núm. Extraordinario, pp. 51-74.
- SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso (1998), *Delitos contra la flora y la fauna: especies amenazadas, caza y pesca*, Exlibris, Madrid.
- SOLAZ SOLAZ, Esteban (2012), «Los delitos de caza», *La Ley Penal*, n.º 94-95, pp. 1-34.
- SOBRINO-HEREDIA, José Manuel (2014), «7. Una nueva manifestación de delincuencia organizada transnacional: las actividades de pesca ilegal, no declarada y no reglamentada», en: BOU FRANCH, Enrique; JUSTE RUIZ, José (Coords.); SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel (Dir.), *Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 147-174.
- TORRES FERNÁNDEZ, Elena (2010), «La reforma del delito de maltrato de animales domésticos del artículo 337 CP», *Diario La Ley*, n.º 7534.
- URBINA, Julio Jorge (2017), «La cooperación internacional en la aplicación de medidas comerciales para luchar contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 33.
- VALEIJE ÁLVAREZ, Inma (2018), «Derecho administrativo sancionador en materia de pesca marítima y sistemas de cumplimiento normativo», en: MORALES PRATS, Fermín; TAMARIT SUMALLA, Josep María; GARCÍA ALBERO, Ramón (Coords.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Navarra, pp. 711-726.
- (2018a), «Pesca ilegal y contratación de trabajadores extranjeros: la Sentencia Varepi», en: VV. AA., *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1003-1016.
- VARELA LAFUENTE, Manuel; GARZA GIL, María Dolores (2017), «Globalización e gobernanza en actividades marítimas: o caso da pesca e a acuicultura na Unión Europea», *Administración & Cidadanía: Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 12, n.º 2, pp. 53-68.
- VERCHER NOGUERA, Antonio (2005), «La reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en materia penal ambiental o la exigencia de un ajuste inevitable (I)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 665, pp. 1-8.
- (2017), «Nuevas perspectivas sobre el bien jurídico protegido en los delitos ambientales: ¿cabría hablar de derechos no humanos de los animales domésticos frente a su maltrato?», *Diario La Ley*, n.º 8994.
- (2018), «El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como forma de investigación eficaz en el ámbito penal», *Diario La Ley*, n.º 9239.