

## ESTUDIOS

---

### DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA FLORA Y FAUNA

JESÚS CABALLERO KLINK

*Fiscal del Tribunal Superior de Justicia  
de Extremadura. Cáceres*

*SUMARIO: 1. Precedentes legislativos.—2. Conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.—3. La protección de la flora y fauna en el Código Penal de 1995.—4. El bien jurídico protegido.—5. Oportunidad de la incriminación de los delitos sobre la flora y fauna.—6. El carácter de normas penales en blanco.—7. Los delitos en particular.—8. Disposiciones comunes.—9. Problemas concursales.—10. La caza y pesca furtiva de especies cinegéticas.—11. Bibliografía.*

#### 1. PRECEDENTES LEGISLATIVOS

##### A) *Situación preconstitucional.*

La legislación protectora de medio ambiente y en particular de la flora y fauna no ha tenido un tratamiento global hasta fecha reciente. Los primeros textos legales que surgen en relación con la protección de la flora y fauna responden a intereses sectoriales y no a una idea general de protección de la naturaleza.

Entre los antecedentes legislativos más remotos se encuentra la Ley de 19 de septiembre de 1896 para la Protección de Pájaros Insectívoros. Esta Ley respondía a una estrategia de prevención de plagas en beneficio de la agricultura.

Siguiendo el orden cronológico, cabe destacar, a continuación, la Ley de 20 de febrero de 1942, por la que se regula el Fomento y Conservación de la Pesca Fluvial, la Ley de 31 de diciembre de 1946, sobre Pesca con Explosivos, y la Ley de Caza, de 4 de abril de 1970. Estas leyes tenían el confesado propósito de la conservación y fomento de la riqueza piscícola y cinegética. Los citados textos intercalaban preceptos de carácter diverso; normas de carácter administrativo como las relativas a la calificación de aguas y terrenos, licencias o infracciones, otras de índole civil como la propiedad de las piezas y la responsabilidad por daños y por último otras de carácter punitivo, estableciendo los delitos y las faltas.

Estas normas, como venimos diciendo eran ajenas a la protección global de la fauna silvestre, aunque ya se introducían algunos preceptos (art. 23.2 Ley de Caza) que disponían que serán objeto de especial protección las especies de interés científico o en vías de extinción, y las beneficiosas para la agricultura.

Hasta décadas recientes algunas de las especies señeras de la conservación de la fauna silvestre actual, eran consideradas alimañas y se propiciaba su eliminación.

Existe algún texto legal más reciente como la Orden de 9 de diciembre de 1975 por la que se reglamenta el uso de productos fitosanitarios para prevenir daños a la fauna silvestre, norma que parece más conforme con la sensibilidad actual.

En la protección de la flora cabe destacar entre otras, la Ley de 5 de diciembre de 1968, de Incendios Forestales.

### B) *La Constitución de 1978.*

La norma suprema supone un avance fundamental en esta materia y dedica el artículo 45, dentro de los principios rectores de la política social y económica a la protección del medio ambiente. El artículo citado dispone: «todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de su personalidad, así como el deber de conservarlo». El párrafo segundo impone a los poderes públicos la obligación de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Por último en el párrafo tercero se establece la previsión legislativa de la imposición de sanciones penales o, en su caso administrativas, para los que violen lo dispuesto en el párrafo anterior, así como la obligación de reparar el daño causado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 45 puede ser considerada la conservación del medio ambiente como «el mantenimiento de las propiedades del aire, el agua y el suelo, así como las condiciones de vida de la flora y fauna, de manera que el sistema ecológico no sufra alteraciones perjudiciales».

El Tribunal Constitucional (Sentencia núm. 64/1982) califica al medio ambiente como un concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional y por tanto interdisciplinar.

### C) *Situación anterior al Código Penal de 1995.*

El Código Penal, texto refundido de 1973, tardó en adaptarse a la Constitución. La primera reforma verdaderamente importante fue la llevada a cabo por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, de reforma del Código Penal. En el contexto de esta reforma se introdujo el artículo 347 bis, el delito ecológico, dando respuesta al mandato constitucional previsto en el artículo 45.3 de la CE., dicho precepto cuyo estudio no nos corresponde aquí, es el germen del actual capítulo III del Título XVI del Código Penal, es decir, «de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente».

En el ámbito administrativo la respuesta fue aún más tardía, y vino dada por la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, cuyo estudio trataremos más adelante.

Al mismo tiempo y como consecuencia de la atribución de las competencias en materia de medio ambiente, caza y pesca a las Comunidades Autónomas, las mismas

inician una actividad legislativa, al respecto, que provoca, sucesivamente, en el ámbito territorial de la Comunidad, la derogación de las Leyes de Caza y Pesca, subsistiendo exclusivamente los preceptos penales de las citadas leyes.

El Código Penal de 1973, además de la reforma de 1983, sufrió otras reformas como las de los años 1987 y 1989, en las cuales se introducen los avances doctrinales existentes hasta al momento y al mismo tiempo se incorpora la doctrina del Tribunal Constitucional, emitida al respecto. En estas reformas al mismo tiempo se produce una elevación de la distinción entre delito y falta en los delitos de hurto, estafa y demás. La legislación penal especial se mantuvo al margen de las distintas reformas del Código Penal y se producía la paradoja que la distinción entre delito y falta en función del valor cinegético de lo cazado se mantenía en 2.500 pesetas, cuando el Código Penal estaba en 30.000 pesetas.

Para complicar más aún la viabilidad de la legislación penal especial, la sentencia del Tribunal Constitucional número 53/1994, de 24 de febrero, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 57, párrafo segundo, y 60 de la Ley de Pesca Fluvial, de 20 de febrero de 1942, en los cuales se establecía que «la cuarta infracción en materia de pesca fluvial, siempre que las tres primeras hayan sido castigadas por sentencia o providencia firme será considerada como delito». El argumento era evidente, el precepto suponía una vulneración palmaria del principio «non bis in idem» reconocido en el artículo 25 de la CE. Lo mismo se podría decir, aunque el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, no se refería a él expresamente, del artículo 24.1.h) de la Ley de Caza redactado en términos parecidos.

Estos problemas me llevaron a realizar un pequeño estudio publicado en la memoria de la Fiscalía General del Estado (Madrid, 1994, pp. 810 a 816), cuyas conclusiones aquí reflejo: «Si estimamos deseable la supresión de los artículos de la Ley de Caza que establecen los delitos y faltas y sus penas, ¿cuál sería la ubicación adecuada de los preceptos semejantes que vinieran a sustituirlos? Y ¿qué nuevo tratamiento deberían tener tales preceptos?

Sin duda, como ya se ha adelantado, la nueva legislación debe estar incardinada en el nuevo Código Penal y las propuestas concretas son: 1. Establecer en el Código Penal un título dedicado a los delitos ya existentes. Si bien necesitados de nueva redacción y desarrollo, como el delito ecológico, regulado en el artículo 347 bis del Código Penal, y los incendios de masas forestales del artículo 553 bis.a), se incluyan preceptos que tipifiquen: a) la captura, muerte, tráfico ilegal de especies animales protegidas; b) la destrucción dolosa de nidos, de hábitats o la realización de actos tendentes a evitar el normal desarrollo de la especie; c) el empleo de cebos envenenados que pueden afectar a toda la cadena trófica por la persistencia de los efectos letales de algunos venenos; d) en todo caso, será una agravante específica que tales conductas se lleven a cabo contra especies protegidas endémicas o en peligro de extinción.

Existiría una uniformidad del bien jurídico protegido, el medio ambiente, como bien constitucionalmente relevante, y que ante el grave deterioro medioambiental existente se hace acreedor de una eficaz protección.

En estos supuestos las posibles indemnizaciones que se puedan derivar, sin duda recaerían, como hemos venido manteniendo, en los entes públicos encargados del fomento y conservación del medio ambiente.

2. Las conductas de caza furtiva sobre especies de caza propiamente dicha, deben pasar al título de los delitos contra el patrimonio, ya que considerando a éste como

el conjunto de relaciones económicas de una persona sin duda la titularidad de un terreno cinegético y sus posibilidades de aprovechamiento forman parte del patrimonio, por lo que debería existir un capítulo dentro del título citado en el que esencialmente se castigue el cazar sin permiso del titular del terreno cinegético, estableciendo un paralelismo económico, con el hurto, estafa, y figuras afines en cuanto al límite cuantitativo entre el delito y la falta.

3. El resto de los comportamientos que hasta ahora se castigan en la Ley de Caza, como ya hemos adelantado, suponen incumplimiento de la normativa reguladora del ejercicio de la caza y deben quedar despenalizados y sometidos al régimen administrativo sancionador que toda ley de caza autonómica en su caso establezca.»

## 2. CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Es necesario hacer una serie de consideraciones sobre el problema surgido entre el Estado y las Comunidades Autónomas en orden a la asunción de competencias en materia de medio ambiente. Las conclusiones a que lleguemos nos servirán para determinar qué legislación es aplicable en cada caso y así integrar los tipos penales objeto de este estudio.

El artículo 149.1.23 de la CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en legislación básica sobre la protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Así mismo, el artículo 148.1.9 y 13 de la CE establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en la gestión en materia de medio ambiente, la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial.

En desarrollo de la competencia estatal sobre legislación básica de protección de medio ambiente se dictó la citada Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre.

### A) *Breve estudio de la Ley 4/1989.*

La Ley comienza justificando su existencia en cumplimiento del mandato previsto en el artículo 45.2 de la Constitución y de acuerdo con la competencia del Estado en materia de legislación básica de medio ambiente (art. 149.1.23 de la CE) a continuación se establecen sus principios inspiradores entre los cuales debemos tener muy presentes; «el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas de vida básicos» y «la preservación de la diversidad biológica».

El Título III trata de la protección de los espacios naturales, estableciendo cuatro categorías: parques, reservas naturales, monumentos naturales y paisajes. Este título se ha visto modificado por la Ley 41/1997, de 5 de noviembre, dictada para adaptar su contenido a la STC 102/1995, de 26 de junio, atribuyendo la gestión conjunta de los parques nacionales al Estado y a las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se encuentre el espacio natural protegido.

El Título IV de la Ley trata «de la Flora y Fauna Silvestre». Éste es sin duda el más importante para la materia que estamos tratando. Nuevamente se parte del principio de conservación de las especies de la flora y la fauna que viven en estado

silvestre en el territorio nacional, con especial atención a las especies autóctonas, atendiendo preferentemente a la preservación de sus hábitats. La fauna y la flora forman parte de un conjunto cuyo soporte físico es el suelo y el subsuelo (STC 102/95).

La Ley establece un sistema de catálogos y categorías para atender a la protección de las distintas especies.

El primer grupo son las especies amenazadas (capítulo II, Título III). Las especies que requieren una protección especial por parte de las Administraciones Públicas, se clasifican en cuatro categorías: En Peligro de Extinción, Sensibles a la alteración de su hábitat, vulnerables y de interés especial, igualmente se crea (arts. 30 y 31) el Catálogo Nacional Especies Amenazadas (en adelante CNEA) dependiente del Ministerio de Medio Ambiente, sin perjuicio de los catálogos de especies amenazadas que en sus respectivos ámbitos territoriales puedan establecer las Comunidades Autónomas.

La incorporación de las especies a las distintas categorías señaladas en el catálogo conllevará la adopción de medidas tendentes a su conservación y recuperación.

En el segundo grupo (capítulo III) se encuentran las especies que pueden ser objeto de caza y pesca, actualmente la competencia para su determinación corresponde a las Comunidades Autónomas.

En el tercer grupo se encuentran las especies de animales y plantas silvestres que no están comprendidas en alguna de las categorías del artículo 29, es decir, no están amenazadas y al mismo tiempo no son susceptibles de caza o pesca (art. 28). Este artículo se ha visto parcialmente modificado por la Ley 40/1997, permitiendo algunas actuaciones sobre distintas especies catalogadas con la correspondiente autorización administrativa.

Por último la Ley 4/1989 establece el Catálogo de Infracciones y Sanciones por el incumplimiento de los principios y prohibiciones establecidos en la Ley. Algunas de las infracciones señaladas (art. 28.sexta) suponen un claro precedente de los tipos penales de los delitos contra la flora y fauna. El citado precepto castiga la destrucción, muerte, deterioro, recolección, comercio o captura..., no autorizada de animales o plantas catalogadas en peligro de extinción o vulnerables a la alteración de su hábitat, así como la de sus propágulos o restos.

En desarrollo de la Ley 4/1989 se dictaron dos Reales Decretos básicos en estas materias; el primero el Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca y se establecen normas para su protección («BOE» núm. 218, de 12 de septiembre de 1989). El segundo Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo, por el que se establece el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna («BOE» núm. 82, de 5 de abril de 1990). Este Catálogo ha sido actualizado por Orden de 9 de julio de 1998 («BOE» de 20 de julio de 1998).

#### B) *La Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995.*

Las Comunidades Autónomas entendieron que la legislación estatal citada invadía sus competencias, excediendo el carácter de legislación básica que le está atribuido al Estado. Así las Comunidades de Aragón, Cantabria, Castilla y León, Cataluña, Illes Balears y País Vasco, plantearon diversos recursos de inconstitucionalidad y conflicto positivo de competencia contra la Ley Estatal 4/1989, y los Reales Decretos citados.

El Tribunal Constitucional acumuló todos los recursos planteados y dictó la Sentencia número 102/1995, de 26 de junio, en la que resolvió todas las cuestiones planteadas de la siguiente manera: 1.º Estimó los recursos de las Comunidades Autónomas en cuanto al derecho de las mismas a participar en la gestión conjunta de los Parques Nacionales que se encuentren en su territorio. 2.º Declaró la nulidad de la disposición adicional primera del Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, sobre declaración de especies que pueden ser objeto de caza y pesca, con normas para su protección en cuanto considera básicos los artículos 1.1, 3.1 y 42, y de la disposición adicional segunda, correspondiendo las competencias controvertidas a las Comunidades Autónomas. El interés de la sentencia merece dedicarle cierta atención pues define claramente las competencias estatales y autonómicas en esta materia.

El Tribunal Constitucional no tiene reparos en manifestar textualmente «el carácter complejo y polifacético que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente determina precisamente que afecte a los más variados sectores del Ordenamiento Jurídico (STC núm. 64/1982) y provoca una relativa complejidad en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas». Para deslindar las competencias, la sentencia, define lo que es «legislación básica» (art. 149.1.17 y 18 de la CE) y de acuerdo con su propia doctrina (STC núm. 64/1982) la define como «el encuadramiento de una política global de medio ambiente». La legislación básica estatal cumple una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que puede permitir que las Comunidades Autónomas establezcan niveles de protección más altos.

La sentencia hace un estudio pormenorizado de la Ley 4/1989 y la primera objeción de constitucionalidad la realiza al capítulo IV (arts. 22 y 23), a propósito de la gestión de los Parques Nacionales que venía atribuida en exclusiva al Estado, debiendo ser conjunta con la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se halle el Parque Nacional.

Continúa la sentencia analizando el título IV dedicado a la flora y fauna silvestre, considerando en este caso que su contenido es legislación básica en materia de medio ambiente y no invade competencias autonómicas. Igualmente el CNEA, dependiente antes del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, y en la actualidad del Ministerio de Medio Ambiente, también es considerado legislación básica y no excede por lo tanto del ámbito de competencias atribuido al Estado.

Por contra el Real Decreto 1095/1985 de especies que pueden ser objeto de caza y pesca, establece la citada resolución que supone una clara intromisión del Estado en las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, disponiéndose textualmente que «chocan frontalmente con la competencia sobre la caza y la pesca que todas las Comunidades Autónomas tiene atribuida sin excepción alguna». Con similares argumentos la STC 195/1988, de 1 de octubre, acuerda la inconstitucionalidad de la Ley Estatal 6/1992, de 27 de marzo, por la que se declara Reserva Natural a las Marismas de Santoña y Noja.

En resumen y para concluir este apartado el Estado tiene competencia en legislación básica en materia de medio ambiente, y en consecuencia la Ley 4/1989, con las modificaciones posteriores ya citadas para acomodarse a la STC 102/1995, y el CNEA están plenamente vigentes en todo el territorio nacional. Las Comunidades Autónomas pueden establecer, y de hecho establecerán catálogos de especies amenazadas en la respectiva Comunidad. Igualmente les corresponde a las Comunidades la competencia exclusiva para establecer las especies que pueden ser objeto de caza y pesca dentro

de su territorio. Normalmente será dentro de las Órdenes, que las distintas Consejerías de Medio Ambiente, dicten en las que se regulan los períodos hábiles de caza y pesca para cada temporada, donde se establezca la relación de especies objeto de caza y pesca. En la Comunidad Autónoma de Andalucía son de aplicación para la integración de tipos penales, la Ley 2/1989, de 18 de julio, de Espacios Naturales Protegidos («BOJA» de 27 de julio de 1989) y el Catálogo de Especies de Flora Protegida. Aún no se ha aprobado el de fauna.

### 3. LA PROTECCIÓN DE LA FLORA Y FAUNA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Tratamiento sistemático. El Código Penal de 1995, dedica el Título XVI del Libro II, a «De los Delitos relativos a la Ordenación del Territorio, y la Protección del Patrimonio Histórico y el Medio Ambiente». El citado Título XVI está dividido a su vez en cinco capítulos, a saber: Capítulo I «De los Delitos sobre la Ordenación del Territorio». Capítulo II «De los Delitos sobre el Patrimonio Histórico». Capítulo III «De los Delitos contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente». Capítulo IV «De los Delitos relativos a la Protección de la Flora y Fauna». Capítulo V «Disposiciones Comunes». En principio destaca la existencia de tres grandes grupos de figuras delictivas; Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente, que se corresponden con tres derechos constitucionales residenciados en el capítulo III del Título I de la CE «De los Principios Rectores de la Política Social y Económica», artículos 45, 46 y 47.

El primer grupo, delitos sobre la Ordenación del Territorio, responden a la protección del derecho a una vivienda digna y adecuada y su desarrollo, establecido en el artículo 47 de la CE.

El segundo grupo de los delitos sobre el Patrimonio Histórico, trae causa del mandato constitucional establecido en el artículo 46 *in fine* de la CE, que establece la previsión de sanción penal para los atentados contra el Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico de los pueblos de España, en el contexto de la obligación de los poderes públicos de promocionarlo y conservarlo.

Por último el tercer grupo de delitos, contra el Medio Ambiente y los Recursos Naturales, desarrolla el mandato constitucional establecido en el artículo 45 de la CE.

Me parece acertado el tratamiento conjunto de estos tres grupos de delitos, responde a una idea global de «medio ambiente» que también recoge la STC 102/1995, referencia obligada en esta exposición, en el Fundamento Jurídico B respecto a la protección del medio ambiente; «El medio ambiente consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas, ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida». Es indudable que el clima, el paisaje, el ambiente cultural y la presencia de determinadas especies de flora y fauna forman parte de la experiencia vital del hombre y condicionan su existencia.

Algún sector de la Doctrina (Berdugo, 1992, p. 47) mantiene igualmente esta tesis fundándose en la imposibilidad de considerar de forma aislada la problemática estrictamente ambiental y la concerniente al territorio, ya que se trata de ámbitos que, sino jurídicamente integrados, se encuentran muy próximos entre sí. Igualmente Prats Canut, en sus comentarios al Código Penal, mantiene que existe una referencia unitaria

al objeto de protección. En contra de esta postura se muestra Carmona Salgado, negando la existencia de un único bien jurídico comprensivo de todas estas actividades.

Ciñéndonos al tercer grupo de delitos que aquí nos interesa, la redacción de los epígrafes merecen nuestra crítica. El capítulo III, trata de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, y el capítulo IV, de los delitos relativos a la protección de flora y fauna, distinción un tanto absurda cuando la flora y fauna forman parte de los recursos naturales. Un sector doctrinal (Boix y Jareño Leal, 1996, p. 1608) sostiene que en el capítulo IV que el medio ambiente como bien jurídico protegido sólo lo es de forma mediata, ya que el interés inmediatamente protegido es la flora y la fauna.

Conde Poumpido Tourón (Código Penal II, 1997, p. 3276), sostiene que se ha mejorado la sistemática, pues los delitos contra el bien jurídico protegido «medio ambiente» son, por lo general, delitos de peligro, dado que la especial naturaleza del bien jurídico, su fragilidad y trascendencia, no permiten esperar para su protección a que resulte lesionado, mientras que los delitos contra la flora y la fauna son, por lo general, delitos de lesión (aunque también se ponga en peligro la conservación de las especies) no contra el medio ambiente en cuanto a tal, sino contra alguno de los seres vivos que en él tienen su hábitat. En el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes Generales, la rúbrica del capítulo IV era «De los delitos relativos a la protección de la vida silvestre». Posteriormente se modificó en virtud de la aceptación de una enmienda presentada por el Grupo Socialista (Sesión de la Comisión del Congreso de 6 de junio de 1995) por «De los delitos relativos a la protección de la flora y vida silvestre». Se rechazó una enmienda (190 del Grupo Mixto y ERC) que proponía la rúbrica «De los delitos relativos a la protección de la vida animal». La denominación definitiva se acordó por unanimidad en el trámite de ponencia en el Senado.

Desde mi punto de vista la valoración conjunta de la sistemática del título es positiva y de alguna manera responde a las inquietudes que expresé en el estudio realizado en el año 1994 cuyas conclusiones he reflejado en este trabajo.

#### 4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La polémica doctrinal ya expuesta sobre la ubicación de los delitos contra la flora y la fauna, conecta directamente con la problemática respecto al bien jurídico protegido. Cuando estudiábamos la Ley 4/1989 llamábamos la atención sobre uno de sus principios inspiradores, la preservación de la diversidad genética [art. 21.b)] sobre este principio van a girar todas las exposiciones a propósito del bien jurídico protegido en estos delitos.

Conde Poumpido Tourón mantiene que el bien jurídico protegido es la flora y la fauna, desde la perspectiva de la conservación de las especies, o en definitiva lo que se ha denominado «biodiversidad».

Prats Canut, en términos parecidos sostiene que la materialización del bien jurídico toma la tutela de la biodiversidad en el territorio nacional, tanto de la caracterización constitucional, como de la plasmación concreta de dicha aprobación en la Ley 4/1989 y a la Directiva 92/43 de la Comunidad Económica Europea, adaptada en España por Real Decreto de 7 de diciembre de 1995, a través de la implantación de un conjunto de medidas tendentes a la conservación de los hábitats naturales de la fauna y flora silvestre.

Roldán Barbero (la Ley 4481) estima que la novedad ofrecida por el nuevo ordenamiento jurídico penal estriba, no sólo en la inserción en el mismo Código Penal de los tipos delictivos contra la fauna silvestre, sino también en una protección autónoma y más completa de la misma como elemento esencial de la biodiversidad.

La biodiversidad se puede entender mejor en cifras, en el Planeta se han identificado algo más de 1,7 millones de especies diferentes. En todo el mundo se han descrito alrededor de 270.000 plantas superiores, 30.000 algas y 100.000 hongos y líquenes. En lo relativo a la fauna, ya se conocen 4.600 mamíferos, 11.000 aves, 6.300 reptiles, 4.200 anfibios, 26.000 peces, 1.000.000 de insectos, 73.000 arácnidos, 56.000 crustáceos, 70.000 moluscos y miles de especies de otros grupos de invertebrados.

España cuenta con la biodiversidad más rica de Europa: 635 especies de vertebrados, 50.000 invertebrados, 8.000 plantas vasculares, 15.000 hongos, 2.000 líquenes y 1.500 musgos. Entre los vertebrados españoles dominan las aves con 368 especies, seguidas de 118 mamíferos, 68 peces, 56 reptiles y 25 anfibios. Algunas, como el linco ibérico o el águila imperial, no viven en ningún otro lugar del mundo («El Semanal», 11 de abril de 1999).

Carmona Salgado discrepa de esta postura dominante y mantiene que la biodiversidad no reúne en ningún caso los ingredientes necesarios para conformar un bien jurídico, susceptible de ser tutelado de forma aislada o independiente del concepto genérico de «medio ambiente», puesto que, precisamente, constituye su esencia.

Mi postura es la siguiente: Por un lado, el objeto inmediato de protección es la flora y fauna silvestre (cortar, quemar, cazar, pescar, etc.). Según la Real Academia, silvestre es lo criado naturalmente y sin cultivo, en selvas o campos. En la medida que se protegen las especies silvestres de flora y fauna, se preserva la diversidad genética o biodiversidad.

Esto se hace evidente con algunas especies que se encuentran en grave peligro de extinción. La captura ilegal de algún individuo de la especie puede provocar la inviabilidad de la misma en una región por problemas de consanguinidad; lo cual conlleva el empobrecimiento de un hábitat con la desaparición de especies y los probables desequilibrios que acarrea.

El Fiscal Fernández González («Memoria de la Fiscalía General del Estado», Madrid, 1997, p. 395), estima, en el estudio del artículo 333 del Código Penal, que el bien jurídico protegido es la pureza genética de las poblaciones autóctonas, por el peligro de hibridación con las especies alógenas.

## **5. OPORTUNIDAD DE LA INCRIMINACIÓN DE LOS DELITOS SOBRE LA FLORA Y LA FAUNA**

Sin duda esta cuestión la habría tratado más de pasada de no haberme encontrado con un fuerte enfrentamiento doctrinal a favor y en contra de la incriminación penal de las conductas que estamos estudiando, que ha llamado mi atención.

A favor se manifiesta, entre otros Conde Poumpido Tourón (1, p. 3219) «La utilización de sanciones penales es necesaria en la protección del medio ambiente, ya que no sólo responde a un mandato constitucional (art. 45.3 de la CE), sino que atiende a una acuciante demanda social y está plenamente justificada por la relevancia del bien jurídico protegido y la transcendencia de los ataques de que éste es objeto».

Igualmente este autor mantiene que las sanciones penales cumplen en la protección del medio ambiente una doble función, preventiva por la mayor eficacia disuasoria que tiene la sanción penal, y también sancionadora, si bien conforme al principio de *intervención mínima* deben reservarse para aquellas conductas que pongan el bien jurídico protegido en una situación de peligro grave.

Igualmente Roldán Barbero analiza la cuestión con detenimiento, repasa la normativa comunitaria que impone al Estado Español, entre otras obligaciones «contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de la fauna silvestre» y entiende acertado acudir a la vía jurídico penal para prevenir los ataques más graves contra las especies silvestres. Acude para ello a un criterio pragmático, entendiendo que el Código Penal cala más en la ciudadanía.

El Código Penal portugués de 1995, artículo 278, igualmente castiga la eliminación de especies animales.

Por el contrario, la Profesora Carmona Salgado, realiza una crítica muy severa contra la tipificación de estas conductas que hace extensiva a todo el Tomo XVI. Manifiesta que el respeto al principio de *intervención mínima*, así como el carácter de *última ratio* del Ordenamiento penal, no pueden quedar reducidos a una mera proclamación programática. Entiende que no es misión del Código Penal, custodiar bienes jurídicos de esa naturaleza, ni sancionar las conductas que los vulneren, por reprochables que sean. Dicha función corresponde al Ordenamiento administrativo, en particular la Ley 4/1989.

Mi postura es favorable a la incriminación penal de estas conductas. En ocasiones poner un sencillo ejemplo sirve para aclarar las cosas. Matar dolosamente, por alguien distinto a su propietario, un animal doméstico que esté valorado en más de 50.000 pesetas puede ser un delito de daños del artículo 263 del Código Penal y no se suele propugnar la atipicidad del delito de daños.

Matar dolosamente una de las últimas águilas imperiales que quedan en España, entiendo que es una conducta más grave y merecedora de reproche penal, y no exclusivamente administrativo. Para ilustrar, más si cabe, este ejemplo, según la Orden de 29 de mayo de 1998, de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Extremadura, por la que se establecen períodos hábiles de caza durante la temporada 1998-1999 y otras reglamentaciones especiales para la conservación de la fauna silvestre en la Comunidad Autónoma de Extremadura, la indemnización por cazar ilegalmente (art. 10 y anexo I) un águila imperial es de 15.000.000 de pesetas, además de la correspondiente sanción.

## 6. EL CARÁCTER DE NORMAS PENALES EN BLANCO

En esta cuestión existe bastante unanimidad y los autores consultados coinciden en señalar el carácter de normas penales en blanco de los delitos sobre la flora y fauna, si bien, claro está, con matizaciones.

Carmona Salgado, en el contexto de su crítica a la incriminación penal de estas conductas, sostiene que «el legislador no tiene más remedio que recurrir a la técnica de la norma penal en blanco, puesto que trata de una materia regulada en buena parte por la normativa administrativa existente al respecto, a la que el intérprete tendrá continuamente que acudir para integrar el correspondiente tipo penal».

Conde Poupido Tourón manifiesta que «el recurso a la técnica de reenvío (Ley Penal parcialmente en blanco) es inevitable, pues de otro modo la tipificación carecería de determinación y padecería una permanente obsolescencia. Recuerda igualmente que «esta técnica no plantea problemas de constitucionalidad si se cumplen los requisitos exigibles por el Tribunal Constitucional desde la sentencia sobre el artículo 347 bis, de 5 de julio de 1990 (Sentencia 127/1990): a) reenvío expreso y justificado, b) norma penal que contenga el núcleo esencial de la prohibición, c) satisfacción de la exigencia de certeza.

Desde el principio de la exposición, precisamente por el carácter de normas en blanco de estos delitos, vengo insistiendo en la necesidad de conocer la normativa administrativa integradora.

## 7. LOS DELITOS EN PARTICULAR

### 7.1 Artículo 332 del Código Penal:

*«El que corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos o destruya o altere gravemente su hábitat será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses.»*

#### A) Conducta típica.

Lo primero que salta a la vista es que es un tipo complejo con numerosos verbos nucleares que a su vez se pueden dividir en tres grupos de conductas:

a) Daño o menoscabo sobre la flora amenazada. Están comprendidas las primeras conductas de cortar, talar, quemar, arrancar y recolectar. Esta enumeración ha sido tildada de redundante por la doctrina (Carmona Salgado) y Casquero Subías mantiene que «... a las acciones delictivas como cortar, talar, quemar, arrancar, recolectar había que haberles puesto alguna limitación, resultando desmedido el interés criminalizador».

Sin duda el legislador ha querido agotar todo el catálogo de conductas susceptibles de causar daño a la flora amenazada.

b) Tráfico ilegal de flora amenazada. Leyendo detenidamente este segundo grupo de conductas, «... efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos...». Lo primero que se detecta es su inadecuada redacción pues debía haber dicho, de alguno o algunos individuos o especímenes de una especie o subespecie o sus propágulos. La especie como tal no puede ser objeto de tráfico. Prats Canut, igualmente, sostiene que la referencia a especie, subespecie o propágulo, debe ser entendida en sentido de espécimen de cualquier animal o planta, vivo o muerto, así como cualquier parte o producto obtenido a partir de éstos». En todo caso, entiendo que esta imprecisión terminológica no debe impedir la aplicación práctica del precepto ya que el mandato prohibitivo llega diáfano al ciudadano. Dicho defecto semántico se mantiene a lo largo de todo el capítulo.

Se incrimina el tráfico ilegal de especímenes o de propágulos de especies o subespecies de flora amenazada. La finalidad es clara y pretende impedir el aprovechamiento económico que podría conllevar el tráfico como conducta aislada distinta de las relacionadas en el grupo anterior.

En el caso de que la misma persona realice las conductas de tala y posterior tráfico, sería subsumible la conducta en un solo hecho delictivo.

c) Destrucción o alteración del hábitat. El tercer grupo de conductas tipificadas no ataca directamente una especie vegetal sino que protege el entorno en el que se desarrollan las especies de flora amenazadas. Por hábitat se puede entender el conjunto de condiciones geofísicas en que se desarrolla la vida de una especie o de una comunidad animal o vegetal.

La destrucción es suficiente por sí sola para completar el tipo penal, por el contrario, la alteración debe ser grave. Para la valoración de la gravedad de la alteración de hábitat, los Tribunales deberán tener en cuenta, entre otros, los informes de las Administraciones Públicas responsables de la conservación del medio ambiente.

## B) *Objeto material del delito.*

La respuesta en principio parece clara, las especies o subespecies de flora amenazada. Para saber que especie o subespecie de flora está amenazada hay que acudir al Catálogo Nacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora, de aplicación en todo el territorio nacional, y, en su caso, al catálogo de la Comunidad Autónoma respectiva. Igualmente, Carmona Salgado se plantea la integración del tipo con catálogos supranacionales como son: El establecido en desarrollo de la normativa comunitaria, Reglamento (3626/1982), de 3 de diciembre de 1982, y la normativa internacional, Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973 (CITES), criterio que compartimos.

Cabe preguntarse si la mera inclusión formal de la especie objeto de la conducta típica, en un catálogo de especies amenazadas es suficiente o si, además, hace falta, que, de hecho, esa especie esté realmente amenazada. Esta cuestión es tratada por Conde Poupido y sostiene que, «a la vista de los referidos catálogos, habrá que plantearse si no sería procedente efectuar una interpretación restrictiva, al ámbito penal, de la expresión «especie o subespecie amenazada» (tanto en este precepto como en el art. 334), que no coincidiese necesariamente con la administrativa y más respetuosa con los principios de lesividad, proporcionalidad e intervención mínima. Dado el rigor de los tipos penales y la amplitud de las conductas sancionadas, la intervención del Derecho penal solamente se justifica para la protección de especies en las que concurra la condición de amenazadas y no su inclusión formal en el catálogo por razones muy dignas de consideración, pero que no implican necesariamente que estén amenazadas: Partiendo de la distinción doctrinal entre realización aparente y realización efectiva del tipo, aceptada por el Tribunal Supremo (STS de 15 de marzo de 1983) y de los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos, intervención mínima y proporcionalidad, puede llegarse a una aplicación del precepto sujeto al fundamento material de su incriminación, restringiendo el ámbito de otras conductas por eliminación de aquellas a que resulte aplicable el «principio de insignificancia» (STS de 3 de marzo de 1994) y el ámbito del objeto, limitándolo a aquellas especies en las que concurra materialmente la condición de amenazadas, sin que sea suficiente para la integración del tipo su catalogación formal».

Esta postura se puede resumir diciendo que la inclusión de la especie en el catálogo es necesaria pero no suficiente para integrar el tipo penal. Sin duda esta postura ha ganado adeptos y cumple con más rigor la exigencia constitucional de la proporcionalidad de la pena.

De aceptar esta postura, por lo que personalmente me inclino, habrá que acudir nuevamente a informes periciales para determinar si la especie en cuestión está amenazada.

Desde un punto de vista práctico y aunque el ejemplo sea con un animal, puede servirnos para acercarnos a esta postura: la cigüeña blanca está incluida en el CNEA en el anexo II, «de interés especial», y en Extremadura la especie de cigüeña blanca no sólo no está amenazada sino que es muy abundante, quizás más de lo deseable.

Por último, para terminar con el objeto material de este delito, hay que tratar el término «propágulos» que tantas suspicacias y comentarios jocosos ha producido. Ciertamente el vocablo tiene su antecedente en la Ley 4/1989, en el artículo 38. Sexta, al considerar como infracción administrativa, además de la destrucción, muerte, deterioro, el comercio de especies animales o plantas, así como sus propágulos.

Ciertamente, la Ley 4/1989 no tuvo mucha difusión social, pues en el debate parlamentario del proyecto del Código Penal se produjeron varias intervenciones sobre el significado exacto del término propágulo.

El término es desconocido por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, hay que acudir a algún manual de botánica para acercarse a su significado general cualquier unidad reproductora que dé lugar a una especie... Pero existe otra definición científica más concreta ya que es un elemento reproductor de las plantas de reproducción vegetativa asexual, como lo son igualmente los rizomas y los bulbos: Los brotes propágulos o arbustivos son plantas minúsculas que se alinean en los bordes de las hojas antes de caer al suelo y crecer hasta convertirse en plantas adultas (Enciclopedia de los Seres Vivos. El País, p. 166).

Es evidente que el legislador no tenía presente los criterios reproductores de las plantas, lo que evidencia que es un término muy rebuscado, que en la redacción de las disposiciones legislativas de carácter general, como es el Código Penal, se debe evitar.

#### C) *Sujetos.*

No existe especialidad alguna, sujeto activo lo puede ser cualquiera. Si la conducta típica fuere realizada por una sociedad, por intereses madereros, etc., hay que acudir a la regla del artículo 31 del Código Penal para la determinación de las personas responsables. Respecto del sujeto pasivo, es la colectividad, al tutelarse intereses generales, al igual que la generalidad de los delitos del Título XVI.

Por último señalar que no está prevista la comisión imprudente, de éste ni de ningún otro delito del capítulo IV. Tal opción es criticada por Carmona Salgado, manteniendo que algunas conductas como la quema de flora o la alteración grave de su hábitat podrán sancionarse en el caso de comisión imprudente, señalando las semejanzas con la comisión imprudente de riesgo grave para el equilibrio de los espacios naturales (arts. 325 en relación con el 331 del Código Penal).

#### D) *Penalidad y responsabilidad civil.*

El artículo 332 castiga con pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses.

La opinión mayoritaria de los autores considera excesiva una privación de libertad que pueda llegar a los dos años para estas conductas.

En éste y en los demás delitos del capítulo IV, la pena privativa de libertad no excede de dos años, duración de pena que, sin duda, ha tenido presente el legislador para dar cabida, en su caso, a la remisión condicional de penas del artículo 80 y concordantes.

Sólo la concurrencia de la agravante específica del artículo 338 del Código Penal cuando las conductas afecten a un espacio natural protegido, que supone la imposición de la pena superior en grado, podrán conllevar el cumplimiento efectivo de la pena de prisión impuesta.

Igualmente, se acordará el comiso de los especímenes intervenidos (art. 127 del Código Penal).

Al ser un delito de resultado como todos los de este capítulo, la responsabilidad civil consistirá en la reparación del daño causado y la restauración del hábitat destruido o alterado.

Sin duda, la cuantificación de los daños y de las labores de restauración serán tarea difícil.

Los perceptores de las indemnizaciones deberán ser las Administraciones Públicas titulares de las competencias medioambientales en función de la naturaleza y calificación del espacio donde se hayan producido.

Este delito, al igual que los de los artículos 333 y 334, puede plantear problemas concursales con la Ley de Contrabando que trataremos más adelante.

## 7.2 Artículo 333 del Código Penal:

*«El que introdujera o liberara especies de flora o fauna no autóctona, de modo que perjudique el equilibrio biológico, contraviniendo las Leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses.»*

Antes de realizar los comentarios oportunos sobre este artículo, quizás sea bueno recordar lo sucedido en Australia para valorar en su dimensión exacta estas conductas.

El conejo fue introducido en Australia por un colono que echaba de menos las cacerías de Inglaterra. Los conejos se escaparon del cercado donde fueron alojados en un principio y, como no existía ningún predador que los comiera, unido a su extraordinaria capacidad reproductora, se convirtieron en una plaga amenazando la existencia de especies autóctonas y únicas del continente australiano.

Aquí no acaba la historia de la introducción del conejo en Australia. Décadas después se desarrolló el virus de la mixomatosis para combatir la plaga. El virus fue traído a Europa, en concreto a Francia, y desde allí pasó a España.

La población de conejos en España se redujo drásticamente por efecto del virus.

El conejo a su vez es la base de la alimentación del lince y de las grandes rapaces diurnas, lo que ha puesto a estas especies al borde de la extinción. En algunos parques,

Cabañeros y Monfragüe, donde existen águilas imperiales, se llevan a cabo proyectos para la recuperación de las poblaciones de conejos.

El problema, ni en Australia ni en España, aún está resuelto.

Al estudiar el bien jurídico protegido en los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna mencionábamos que, además de la biodiversidad, se apuntaba la pureza genética como bien protegido. Ciertamente es en este tipo donde se concreta tal protección.

La Ley 4/1989 dispone que la actuación de las Administraciones Públicas a favor de la preservación de la diversidad genética del patrimonio natural se basará principalmente en el siguiente criterio: Evitar la introducción y proliferación de especies o razas geográficas distintas a las autóctonas en la medida que puedan competir con éstos, alterar su pureza genética o los equilibrios ecológicos.

Por lo tanto, este tipo de protección es doble, la biodiversidad y la pureza genética de las especies autóctonas, cuando las especies liberadas o introducidas ilegalmente sean susceptibles de hibridarse con especies autóctonas, efecto, claro está, que no siempre se producirá.

Este precepto no estaba contemplado en el proyecto presentado por el Gobierno siendo introducido en la sesión del Pleno del Senado, de 26 de octubre de 1995, a través de enmienda transaccional firmada por los seis grupos de la Cámara.

La iniciativa corresponde al Grupo Coalición Canaria que presentó las enmiendas 1020 y 139, proponiendo la creación de un artículo con el siguiente: «el que favoreciere la introducción o liberase clandestinamente individuos o propágulos de especies exóticas en los hábitats naturales con intención de modificar los equilibrios biológicos o de determinadas especies ...».

#### A) *Conducta típica y objeto material.*

Del estudio gramatical del tipo se deduce que son dos conductas semejantes pero distintas.

Da la impresión de que el legislador ha querido agotar todos los comportamientos posibles. Por un lado, la introducción de la especie no autóctona en el territorio nacional, y por otro, una vez introducida, su liberación cuando ésta se lleve a cabo por personas distintas de los introductores.

Igualmente, este tipo plantea problemas concursales con el delito de contrabando, cuando además la especie introducida esté protegida. Para determinar si la especie introducida o liberada no es autóctona, habrá que acudir a la información biológica oportuna. Por exclusión de los catálogos no podemos llegar a ninguna conclusión, pues sólo están recogidas las especies amenazadas o las que pueden ser objeto de caza o pesca. Pero no el conjunto de especies de seres vivos de flora y fauna presentes en el territorio nacional.

Para realizar la conducta típica es necesario que la liberación o introducción se realice contraviniendo la Ley y disposiciones de carácter general protectora de las especies de flora o fauna. Nuevamente se pone de manifiesto el carácter de norma penal en blanco o parcialmente en blanco.

En principio, ya hemos visto que en la Ley 4/1989 está prohibida con carácter general la introducción de especies no autóctonas. La reciente Ley 8/1988, de 26

de junio, de Conservación de la Naturaleza y de Especies Naturales de Extremadura, insiste en este criterio y en el Título IV, al tratar de la biodiversidad, establece como objetivo fundamental [art. 57.2.b)] «evitar la introducción y proliferación de especies, subespecies o razas geográficas distintas a las autóctonas, en la medida que puedan competir con éstas, alterar su pureza genética o los equilibrios ecológicos». Asimismo, se considera infracción grave (art. 66.3.25) «la introducción no autorizada de especies vegetales o animales ajenas a la flora y fauna de un espacio natural protegido que puedan afectar a la diversidad genética de las poblaciones naturales».

Visto el carácter general de la prohibición, sólo se podrán realizar liberaciones lícitas de especies no autóctonas con permiso administrativo. El Real Decreto 118/1989, de 15 de septiembre («BOE» núm. 224, de 19 de septiembre), por el que se determinan las especies de caza y pesca comercializables establece en el artículo 3 una serie de requisitos (núms. 1 y 2) para la importación de ejemplares vivos de especies cinegéticas y piscícolas en España y cuando la finalidad sea de liberación en medio natural, el solicitante deberá acreditar, entre otros, «que no afectará a la diversidad genética de la zona donde se ubica la localidad de destino».

Cuando las especies no sean autóctonas, se endurecen las condiciones [artículo 3.3, a) y b)]. Tratándose de subespecies o razas geográficas distintas a las autóctonas, dicha autorización sólo podrá concederse cuando existan las garantías suficientes de control para que no se extiendan por el medio natural o, en caso de que se pretendan liberar en éste cuando se acredite adicionalmente que:

Que no existen riesgos de competencia biológica con las subespecies o razas geográficas autóctonas que puedan comprometer su estado de conservación o la viabilidad de su aprovechamiento.

No existen riesgos de hibridación que alteren la pureza genética de las subespecies o la viabilidad de su aprovechamiento.

En resumen, o se obtiene la autorización administrativa para la introducción de especies foráneas o se contraviene la normativa protectora de medio ambiente, si se produce la introducción o liberación.

Por último, es necesario que se produzca un resultado, pues exige que la liberación o introducción produzca «perjuicio del equilibrio biológico». No se exige que el perjuicio sea grave, lo que ha suscitado críticas en la doctrina (Carmona Salgado, Queralt y Prats Canut).

Ciertamente, asumo esta crítica al precepto y si el perjuicio causado no es grave, por el principio de intervención mínima, la conducta debe residenciarse en el derecho administrativo sancionador.

Para la apreciación del perjuicio al equilibrio biológico, nuevamente habrá que acudir a informes muy precisos

Si la naturaleza del hecho lo permite, tanto en este delito como en el anterior, es muy recomendable practicar la inspección ocular.

## B) Aspectos subjetivos.

No existen especialidades dignas de mención respecto a lo ya manifestado en el delito anterior.

### C) *Penalidad y responsabilidad civil.*

Se establecen las mismas penas que para el artículo 332, por lo que vale todo lo dicho al respecto a propósito del comiso, si las especies de flora y fauna foráneas, introducidas o liberadas ilegalmente, son a su vez especies protegidas, pueden aplicarse las normas del Convenio de Washington de 3 de marzo de 1973 (CITES), tendentes a la devolución de los especímenes al Estado de exportación.

### 7.3 **Artículo 334 del Código Penal:**

*1. El que cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, contraviniendo las Leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, comercie o trafique con ellas o con sus restos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de ocho a veinticuatro meses.*

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

Consideración previa sobre la naturaleza del delito.

Lo que se diga a continuación es aplicable tanto a este artículo como al artículo 335 del Código Penal.

Me ha llamado poderosamente la atención que la generalidad de la doctrina consultada (Conde Poumpido Tourón, Carmona Salgado y Prats Canut) hable de los delitos de caza y pesca e incluso (Conde Poumpido) aplaude la incorporación al texto codificado de los delitos de caza y pesca, antes sancionados en la legislación especial sectorial.

Ciertamente que es plausible la incorporación de este complejo tipo penal al Código Penal pero por otras razones, a saber: Entiendo que las conductas reguladas en los artículos 334 y 335 del Código Penal no son propiamente delitos de caza y pesca y explicaré por qué.

Considero que la expresión *el que cace o pesque especies amenazadas* es completamente inadecuada y me atrevería a decir errónea. La acción de dar muerte a una especie animal amenazada no es cazar o pescar.

Es peligroso descontextualizar las palabras, la caza y la pesca tienen un concepto preciso. Se considera acción de cazar la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir, acosar a los animales definidos en esta Ley como piezas de caza con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por un tercero (artículo 2 de la Ley de Caza Estatal, de 4 de abril de 1970). Esta definición ha sido reproducida con algunas variaciones en las Leyes de Caza de las Comunidades Autónomas.

No es sólo el impedimento legal de las definiciones expuestas lo que me impide reconocer en la acción de dar muerte a un animal amenazado una acción de caza o pesca, es el propio sentido histórico, cultural y social de la caza y la pesca.

Por la misma razón que el hecho de matar a una mosca, no se considera caza, puesto que no es pieza de caza. Matar a un animal perteneciente a una especie amenazada no es cazar o pescar, aunque se emplean los mismos medios, armas de fuego, que para la caza.

En apoyo de mi postura se encuentra el resto de las conductas típicas del artículo 334, «realizar actividades que impidan o dificulten su reproducción o emigración» y «comerciar o traficar con ellas o sus restos». Estos comportamientos nada tienen que ver con la pesca o la caza.

En resumen, opino que, tanto en este precepto como en el artículo 335, la redacción más correcta habría sido la siguiente: El que dé muerte o capture especies. Igualmente hay que acudir al germen de este precepto para entender su verdadera redacción. El artículo 38 de la Ley 4/1989, en su regla sexta, considera infracción administrativa «la destrucción, muerte, deterioro, recolección, comercio, captura y exportación para el comercio o naturalizaciones no autorizadas de especies animales o plantas catalogadas en peligro de extinción o vulnerables a la alteración de sus hábitats, así como la de sus propágulos o restos».

#### A) *Conducta típica.*

Nuevamente nos encontramos con un tipo complejo que se puede dividir en tres grupos:

a) Cazar y pescar especies amenazadas. Después de las consideraciones anteriores, está claro que la acción consistirá en capturar o dar muerte a animales de especies amenazadas por cualesquiera medios lícitos o ilícitos que se empleen en su consecución.

b) Realizar actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración. Este precepto tiene también su precedente en las infracciones de la Ley 4/1989 (art. 38.7.º), «alteración de su hábitat, en particular del lugar de reproducción, etc. ...»

Es necesario que las actividades estén dirigidas a impedir o dificultar la reproducción o migración. Las conductas pueden ser de lo más variado; destrucción o expolio de nidos, o las que pueden perturbar el acto migratorio, como la «contrapasa» de palomas.

c) El tercer grupo es el comercio o tráfico de especímenes o sus restos. Se hará así extensivo el reproche penal no sólo al comercio o tráfico ilegal de especímenes vivos de especies amenazadas, sino también a sus restos. Este tercer grupo plantea problemas concursales con los delitos de contrabando.

#### *Contravención de las normas protectoras.*

Difícilmente se podrá dar muerte a un espécimen de una especie amenazada sin contravenir las disposiciones protectoras de las especies de fauna silvestre. El artículo 26.4 de la Ley 4/1989 dispone «que queda prohibido dar muerte, dañar, molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres y, en especial, a los comprendidos en algunas de las categorías del artículo 29 y el artículo 31 dispone que la inclusión en el CNEA de una especie conlleva la siguiente prohibición: Cualquier actuación no autorizada con el propósito de darles muerte.

#### B) *Objeto material.*

Nuevamente, para saber qué especies de fauna están amenazadas, habrá que acudir a los catálogos nacional y autonómico.

Las mismas consideraciones realizadas sobre el carácter formal de la inclusión de una especie en el catálogo es suficiente, o si, por el contrario, se exigen que efectivamente lo esté. Los comentarios realizados sobre el artículo 332 deben ser tenidos en cuenta.

Por último, señalar la presencia del subtipo agravado del párrafo segundo del artículo 334, imponiendo la pena en su mitad superior «si se tratara de especies o subespecies en peligro de extinción».

Me parece acertada al agravación y responde a la sensibilidad social respecto a la protección de las especies endémicas, algunas tan notables como el oso pardo, el lince o el bucardo (cabra montés pirenaica), esta última especie está prácticamente extinguida y se duda que con el número de ejemplares existentes sea viable.

Las especies en peligro de extinción son localizables en el anexo II del CNEA y en los catálogos de las Comunidades Autónomas.

No hay ninguna peculiaridad destacable en este precepto respecto a lo ya destacado en los artículos precedentes en orden a la penalidad y responsabilidad civil.

#### 7.4 Artículo 335 del Código Penal:

*El que cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior 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.*

La configuración de este delito ha suscitado duras críticas. «El precepto constituye un tipo penal totalmente en blanco que, a nuestro entender, no reúne los requisitos necesarios para salvar su constitucionalidad» (Conde Poumpido Tourón). En efecto, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia núm. 127/190, de 5 de julio, entre otras) son constitucionales aquellos tipos penales que contienen un elemento normativo en el sentido de que la conducta o la consecuencia jurídica penal no se encuentra prevista exactamente en el tipo, debiendo acudir para su integración a una norma distinta, pero únicamente cuando se cumplan determinados requisitos.

Continúa el citado autor sosteniendo que, en el artículo 335, «el núcleo esencial del injusto» no se contiene en la norma penal, pues la acción típica de cazar o pescar, es en sí misma neutra, sin contenido material alguno de antijuridicidad. En consecuencia, todo el peso de la calificación como delictiva de la conducta se desplaza a la normativa administrativa y además utilizando una fórmula que tampoco cumple las exigencias de certeza; en efecto, el tipo penal no solamente remite en su totalidad a la normativa administrativa para definir cuáles son las conductas delictivas, sino que, además, dispone que serán delictivas aquellas conductas que «no estén expresamente autorizadas».

Comparto plenamente estas consideraciones y se debe propugnar la desaparición de este tipo penal. Por lo demás, los intereses dignos de protección ya lo están por la normativa dicha. Este es el tipo más claro donde se pueden asumir las posturas doctrinales tendentes a la despenalización de estos delitos.

La exégesis del precepto ha suscitado serias dudas por su pésimo estilo de técnica legislativa al estar redactado en sentido negativo y residual:

##### A) Conducta típica:

Consiste en cazar o pescar. Los términos cazar o pescar deben ser entendidos como ya hemos explicado para el artículo 334, Conde Poumpido, en los comentarios

a este artículo, entiende que «la expresión cazar incluye tanto el dar muerte a los animales como perseguirlos y acosarlos para atraparlos».

B) *El objeto material:*

Para la determinación de qué especies integrarán el objeto del artículo 335, tenemos que acudir a criterios de exclusión. Primer criterio, «especies distintas a las indicadas en el artículo anterior», por lo tanto, están fuera de este precepto las especies amenazadas CNEA y catalogadas por las Comunidades Autónomas. Segundo criterio, «no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia». Como hemos visto, tras la sentencia del Tribunal Constitucional número 102/1995, corresponde a las Comunidades Autónomas la determinación de las especies que puedan ser objeto de caza o de pesca. La mayoría de las Comunidades Autónomas tiene publicadas Leyes de caza y en su desarrollo reglamentario establecen los catálogos de especies objeto de caza.

Mayores dificultades, puesto de manifiesto por Conde Poumpido, plantea aún la pesca, pues no se especifica si en aguas continentales o en el mar. La Ley 4/1989, sólo establece previsión (art. 33) respecto de la pesca en aguas continentales que sólo se podrá realizar sobre especies que reglamentariamente se declaren piezas de pesca.

En la Orden de 26 de febrero de 1996 («BOE» de 3 de marzo de 1999), del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, por la que se establecen las normas que regulan la pesca marítima de recreo, se incorporan por primera vez dos anexos con relación de especies marinas cuya pesca está prohibida o sometida a una autorización especial.

En principio, para aproximarnos al objeto material, podemos decir que estarán comprendidas todas las especies de animales que, no estando catalogadas como especies amenazadas, tampoco lo están como especies objeto de caza y pesca.

Como dice Conde Poumpido Tourón, existen multitud de especies que no están catalogadas, sin que su captura individualizada tenga que afectar al bien jurídico de la biodiversidad, reafirmando el incumplimiento por el tipo del requisito de certeza.

Esta interpretación del precepto entendemos es la más correcta y viene a coincidir con la redacción inicial del artículo 318 del proyecto presentado por el Gobierno. Se rechazaron dos enmiendas del Grupo Popular en las que se proponía la siguiente redacción: «... el que cazare o pescare especies no amenazadas pero que no hayan sido legalmente incluidas entre las que pueden ser objeto de tales actividades».

Si al tratar de las especies amenazadas hemos propugnado un criterio de flexibilidad, sin atender exclusivamente al criterio formal de su inclusión en un catálogo, esta flexibilidad se debe exigir aún más para este tipo penal y rechazar los comportamientos socialmente aceptados, conforme a los principios ya citados de insignificancia e intervención mínima. Bois y Jareño Leal sostienen que una interpretación sistemática del artículo 335, permite incluso deducir que no constituye infracción delictiva la caza o pesca de cualquier especie sino sólo la de aquellos cuya eliminación repercute en el equilibrio ecológico del lugar correspondiente.

Se ha planteado por la doctrina si dentro de este tipo se encuentra el llamado «furtivismo de temporada», es decir la caza o pesca de especies en época de veda,

con empleo de artes y medios prohibidos o capturando ejemplares que por su edad o sexo están protegidos. Un sector doctrinal (Muñor Conde y Queralt) se muestra favorable a esta interpretación, si bien la mayoría (Carmona Salgado y Conde Poupido, entre otros) mantienen que esas conductas darán lugar, en su caso, a infracciones administrativas.

La Sentencia número 38/1998, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, condenó por un delito del artículo 335 del Código Penal en la captura de un galápago común, especie no incluida en la CNEA.

Respecto a los demás aspectos del tipo penal, tan sólo cabe destacar la penalidad: multa de cuatro a ocho meses. Pena sensiblemente inferior a las señaladas al resto de los preceptos de este capítulo.

### 7.5 Artículo 336 del Código Penal:

*«El que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses. Si el daño causado fuera de notoria importancia se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior.»*

Tradicionalmente han sido consideradas delictivas las conductas descritas en este precepto por la legislación especial sectorial. Así, el artículo 42.1, *a*) y *c*), de la Ley de Caza disponía que será delito emplear cebos envenenados sin la debida autorización, y cazar de noche con armas de fuego auxiliándose con los focos de un vehículo u otro dispositivo de luz artificial. Y el artículo 60 de la Ley de Pesca Fluvial de 1942 consideraba delito el uso de explosivos para la aprehensión de peces o cangrejos y el envenenamiento de las aguas. El precedente legislativo más inmediato se encuentra en el Real Decreto 1095/1989 (afectado por la STC 102/1995), que considera medios prohibidos «los gases, sustancias venenosas, explosivos, aeronaves, vehículos terrestres y embarcaciones».

Para la realización de esta conducta delictiva es indiferente que la caza o pesca se realice respecto de especies amenazadas, objeto de caza o pesca, o no catalogadas. Lo que se castiga es el empleo de tales medios, en sí mismos reprochables.

Si además del empleo del veneno o explosivo la caza se realiza de una especie amenazada o no susceptible de caza o pesca, estaremos en presencia de un concurso ideal que se resolverá por las reglas del artículo 77 número 1 del Código Penal. Sostenemos que se tratará de un supuesto de concurso ideal y no de Leyes, puesto que, aunque existe gran afinidad del bien jurídico protegido en este capítulo, los artículos 334 y 335, protegen las especies o bien amenazadas o no susceptibles de ser cazadas o pescadas, mientras que el artículo 336 sanciona el empleo de explosivos o venenos en la caza y pesca y sólo de forma indirecta protege todas las especies.

El delito se consuma con el empleo de los medios o métodos descritos, sin que sea necesaria la muerte o captura de los animales, que entraría en la fase del agotamiento, irrelevante a efectos de punición.

#### A) Conducta típica.

Cazar o pescar, vale todo lo dicho hasta ahora, empleando veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna. Todos los

medios descritos tienen un elemento común, es un ataque ciego e indiscriminado hacia todas las formas de vida, en particular animal.

El veneno no sólo provoca la muerte del animal que lo ingiere, sino que sus efectos letales permanecen en el cadáver del animal, y a su vez causa la muerte de otros animales, perteneciente a otras especies que consumen sus restos, afectando a toda la cadena trófica.

Los explosivos y las sustancias venenosas, como el guardalobo y el torvisco, tradicionalmente empleados en la pesca fluvial furtiva, causaban la muerte de todos los peces y seres vivos que habitaban en un tramo del río o en una charca, aunque se pretendiera sólo la captura de peces de una especie determinada.

Respecto al empleo de otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva, su interpretación, que sin duda deberá ser restrictiva, se realizará partiendo del criterio expuesto, medios indiscriminados, generalizados o masivos, cuyo resultado último se escapa incluso al autor. Entre los medios que han sido considerados de similar eficacia destructiva se encuentran los trasmayos. Redes muy tupidas que permiten la captura de todos los peces por pequeños que sean. La Sentencia núm. 42/1998, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, señala que «... traída a juicio oral la red como pieza de convicción, pudo observar el Tribunal que el trenzado de la misma era tan sumamente tupido que impedía el paso de cualquier especie de pesca, aunque los peces fueran «pequeñísimos» sería imposible traspasar esa red, por lo que con ella se amenazaba cualquier especie piscícola y del tamaño que fuere, por lo que no puede sino ser considerado con los mismos efectos destructivos general que el veneno o el explosivo que produce la muerte generalizada de cualquier animal».

El Real Decreto 1095/1989 considera medios prohibidos las redes o artefactos de cualquier tipo cuya malla, luz o dimensiones no permitan el paso de peces de una talla igual o inferior a los 8 centímetros, así como los que ocupen más de la mitad de la anchura de la corriente.

El Fiscal Manzano González (Memoria FGE 1997, p. 398), sobre su supuesto de hecho previo, sostiene que la acción de cazar desde un automóvil empleando luz artificial es una conducta típica incardinable en el artículo 336 del Código Penal. Para llegar a esta conclusión parte del semejante tratamiento que como infracciones han tenido el empleo de venenos o explosivos y de los automóviles. Tanto la legislación estatal como la autonómica (art. 57 de la Ley de Caza de Extremadura, de 1990) y la supranacional del Convenio de Berna, de 19 de septiembre de 1979, ratificado por España el 13 de mayo de 1986. Por último, considera que el empleo de automóviles y luz artificial puede ser de hecho de mayor eficacia destructiva que el veneno o el explosivo porque «dificultan notablemente o incluso anulan la capacidad de defensa de los mismos, pues la utilización de la luz artificial de noche produce su deslumbramiento total, que deja la animal paralizado y sin capacidad de respuesta evasiva...». Aunque no comparto plenamente esta postura por las razones anteriormente expuestas, tampoco la rechazo de plano y habrá que esperar a nuevas resoluciones judiciales para ver si se consolida.

El tipo del artículo 336 contiene un elemento normativo, «sin estar legalmente autorizado». En principio no es posible la autorización administrativa, pues no lo permiten las disposiciones reguladoras de la materia que lo consideran medios prohibidos. Sólo excepcionalmente se puede autorizar el empleo de sustancias de gran

eficacia destructiva para la fauna con el objeto de prevenir accidentes de navegación aérea (art. 28.2 de la Ley 4/1989).

No existen especialidades en este delito de las ya expuestas en los comentarios a los preceptos anteriores en orden a los sujetos, comisión dolosa y responsabilidad penal y civil.

Subtipo agravado.

El artículo 336, *in fine*, establece que «si el daño causado fuera de notoria importancia se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior». Se introduce un elemento valorativo que deberá ser apreciado por el Tribunal, teniendo muy en cuenta los informes periciales. Este subtipo supone una importante elevación y endurecimiento de la pena, pues, partiendo de una pena tipo de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses, se producirá un resultado de pena de prisión de quince meses a dos años. Es decir, que de las penas alternativas del tipo básico se pasa a la pena única de prisión, con la elevación citada en el subtipo estudiado.

#### 7.6 Artículo 337 del Código Penal:

*«En los supuestos previstos en los tres artículos anteriores, se impondrá además a los responsables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de tres a ocho años».*

Tanto en la legislación de caza como en la de pesca se incluía como pena la privación de la licencia de caza o pesca.

Señala Conde Poupido Tourón el acierto del legislador, pues no se limita a la retirada de la licencia, sino que impone expresamente la pena de inhabilitación. Esta diferencia tiene gran trascendencia práctica, pues actualmente, las licencias las conceden las Comunidades Autónomas para sus respectivos territorios. Con lo que su retirada no impedía eficazmente que el condenado pudiese cazar o pescar en otras Comunidades. El artículo 35.4 de la Ley 4/1989 crea un registro nacional de infractores de caza y pesca al que facilitan los datos los correspondientes registros de las Comunidades Autónomas.

En todo caso, si en el expediente administrativo para la concesión de la licencia de caza o pesca, se solicitara certificación del Registro Central de Penados y Rebeldes, igualmente se soslayaría el problema.

### 8. DISPOSICIONES COMUNES

Estas disposiciones, comprendidas en el capítulo V afectan a todo el título XVI y en gran medida pueden ser de aplicación a los artículos relativos a la protección de la flora fauna.

#### 8.1 Artículo 338 del Código Penal:

*«Cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas».*

Es una circunstancia agravante específica que supone una agravación de gran rigor y para las penas de los artículos 332, 333, 334 y 336, si se opta por la pena de

prisión, el resultado será pena de prisión de dos a tres años, lo que conllevaría el cumplimiento efectivo de la misma.

El precepto está redactado de forma imperativa «impondrán» y cuando concurra la circunstancia prevista en el precepto, los Jueces y Tribunales aplicarán necesariamente la elevación. Ahora bien como quiera que, excepto el artículo 335 que solo tiene establecida pena de multa, los demás delitos de este capítulo tienen previstas penas alternativas de prisión o multa, los tribunales podrán optar por la que consideren más conveniente e imponer la elevación respecto de una u otra.

Para que se dé el supuesto agravado es necesario que «las conductas definidas en el Título afecten a algún espacio natural protegido». Habrá que acudir a la legislación administrativa para integrar este precepto. La Ley 4/1989 establece cuatro categorías de espacios naturales protegidos; parques, reservas naturales, monumentos naturales y paisajes protegidos. Igualmente la legislación autonómica en esta materia es esencial. En la Comunidad Autónoma de Extremadura la ya citada Ley 8/1998, de 26 de junio, de Conservación de la Naturaleza y de Espacios Naturales Protegidos, establece en el artículo 16 las siguientes categorías de espacios naturales protegidos: Parques naturales, reservas naturales, monumentos naturales, paisajes protegidos, zonas especiales de conservación, corredores ecológicos y de biodiversidad, parques periurbanos de conservación y ocio, lugares de interés científico, árboles singulares y corredores ecoculturales. El artículo 338 no distingue en función de la categoría del espacio natural protegido y como podemos comprobar, su enumeración y tipología es muy compleja.

Asimismo es necesario que la conducta afecte al espacio natural protegido. Como interpretemos el término «afecte» será fundamental para saber si estamos en presencia de la agravante específica del artículo 338. En principio que la conducta se cometa dentro de los límites de un espacio natural protegido no tiene que conllevar necesariamente a la aplicación del precepto. El precepto no establece que las conductas se realicen en un espacio natural protegido. La conducta tiene que afectar de manera negativa el espacio natural protegido, alterándolo, dañándolo, etc. Incluso la muerte de una especie amenazada en un espacio natural protegido no tiene porque afectar, sin más al espacio natural protegido en su conjunto.

## 8.2 Artículo 339 del Código Penal:

*«Los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.»*

Prats Canut nos dice que la *ratio* del precepto debe vincularse al principio de «quien contamina paga» de particular fortuna en el ámbito del derecho ambiental.

La peculiaridad del precepto consiste en que no corresponde al condenado ejecutar por sí mismo la restauración, sino que tan solo se hará cargo del importe económico de la misma. Esta previsión legislativa tiene su lógica, puesto que presumiblemente nos enfrentaremos a medidas de restauración que requieren unos conocimientos técnicos de los que seguramente carecerá el condenado.

Se ha reflexionado sobre la naturales de estas medidas de reparación, aunque incuestionablemente forma parte de la responsabilidad civil (arts. 110.2 y 112 del CP).

En el delito de introducción de especies del artículo 333, en el cual se exige un resultado consistente en el perjuicio del equilibrio ecológico, podrá acordarse las medidas de restauración prevista en el artículo 339.

Por último las medidas cautelares se deben poner en relación con las medidas previstas en los artículos 327 y 129 a) ó e) del CP, es decir, la clausura de la empresa o la intervención de la empresa.

### 8.3 Artículo 340 del Código Penal:

*«Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los jueces y tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas».*

Constituye una circunstancia atenuante específica y mantiene esencialmente la misma redacción que el artículo 21 número 5 del CP «haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral». Igualmente responde a las mismas razones de política criminal que la atenuante genérica, favorecer el resarcimiento anticipado de los daños, poniendo de relieve el interés de la víctima.

En principio es una circunstancia atenuante cualificada pues produce el efecto de reducir la pena a la inferior en grado, resultando pues privilegiada respecto de la atenuante genérica que por aplicación del artículo 66 núm. 2 del CP supondría la aplicación de la pena en la mitad inferior de la que fija la ley para el delito. Solo si se estimara como muy cualificada (art. 66 núm. 4 del CP) al poder rebajar la pena en uno o dos grados, la pena resultante podría ser más beneficiosa que la que supondría la aplicación de la atenuante específica. Con todo entendemos que resulta más ventajosa la aplicación del artículo 340 pues está redactado en término imperativo mientras que en el supuesto de la atenuante muy cualificada ya citada está redactada en término facultativo, si bien la interpretación anual limita la discrecionalidad a la rebaja en uno o dos grados pero no a la obligación de rebajar la pena al menos en un grado.

## 9. PROBLEMAS CONCURSALES

A lo largo de la exposición venimos alertando sobre la posibilidad de que algunos de los tipos penales que estamos estudiando planteen problemas concursales con los delitos de contrabando. En concreto, el tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o sus propágulos (art. 332), la introducción de flora y fauna no autóctona (art. 333) y el comercio o tráfico de especies de fauna amenazada o de sus restos (art. 334) regulan conductas esencialmente idénticas que la tipificada en el artículo 2.1.f) de la Ley de Contrabando de 12 de diciembre de 1995. «Los que realicen, sin cumplir los requisitos legalmente establecidos, operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia o circulación de especímenes de flora y fauna silvestre y sus partes o productos de especies recogidas en el Convenio de Washington de 3 de marzo de 1973 y en el Reglamento (CEE) número 3626/82 del Consejo de 13 de diciembre de 1982 siempre que el valor sea igual o superior a tres millones de pesetas. Las penas que se imponen son de prisión menor y multa del duplo al cuádruplo del valor de los bienes».

Planteada la cuestión es conveniente hacer un poco de historia para situarla en sus propios términos. La Ley de Contrabando de 13 de julio de 1982, en el artículo 3.1.4, consideraba reos de delito de contrabando siempre que el valor de los efectos o géneros fuera igual o superior a un millón de pesetas, a los que importaren, exportaren, poseyeren género prohibido y los que realicen con ellos operaciones de comercio o circulación sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes. Sobre la base de este precepto se pretendió integrar el delito de contrabando de tráfico ilegal de especies protegidas. Así, Antonio Mateos Rodríguez Arias (Revista La Ley, marzo de 1994), defendió la posibilidad de integrar el tipo penal en blanco en la Ley de Contrabando con la norma comunitaria del Reglamento que a su vez incorporaba el Convenio de Washington y de esta manera perseguir el comercio ilegal de especies protegidas, por la ley de Contrabando, como géneros prohibidos.

De este período data la sentencia (recogida y estudiada por Antonio Vercher Noguera) de la Sección 10 de la Audiencia Provincial de Barcelona que condenó por delito de contrabando del artículo 1.1.4, por el comercio ilegal de 55 tortugas «caretta-caretta» especie protegida en el Convenio de Washington, considerando igualmente probado que el valor de las tortugas era superior a un millón de pesetas. Esta postura doctrinal ha venido a ser respaldada recientemente por la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/98 de 15 de junio, que resuelve un recurso de amparo contra la sentencia citada. El Tribunal Constitucional considera que no se ha vulnerado el principio de legalidad penal al aplicar la Ley Orgánica 7/1982 de contrabando, actualmente derogada por la Ley Orgánica 12/1995 de represión de contrabando —norma en blanco cuyo supuesto de hecho no se encuentra totalmente previsto en ella— al apreciar la validez del Reglamento CEE 3626/1982 del Consejo y la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1998 de Protección de Animales, como complementos de dicha norma.

La Ley de Contrabando actual asumió esta postura doctrinal, no solo por la incorporación del tipo descrito en el artículo 2.1.f que ya hemos visto sino que en la exposición de motivos declara que es uno de sus objetivos la protección de la fauna y flora silvestre así como del patrimonio histórico, tipificando para ellos como delitos de contrabando distintas operaciones de comercio ilícito.

Con este nuevo tratamiento de los delitos de contrabando la Ley de Contrabando da un paso adelante y asume como bienes jurídicos protegidos el patrimonio histórico y la fauna y la flora silvestre, junto con el tradicional y hasta entonces único de la Ley anterior, los intereses patrimoniales y recaudatorios del Estado.

Las primeras posturas doctrinales (Higuera Guimerá, entre otros) sobre la vigencia de la antigua Ley de Contrabando plantearon que se trataba de un concurso de delitos, similar al que se producía entre los delitos de tráfico de drogas y contrabando.

Actualmente, dada la identidad de tipos e intereses protegidos en ambos preceptos legales, lo lógico es plantearlo como en concurso aparente de leyes que se debe resolver sobre la base del principio de alternatividad, es decir, aplicando la norma que contenga la penalidad más grave (art. 8.4.º del Código Penal). Esta postura es aceptada unánimemente.

Para determinar la pena más grave partimos de la pena de prisión menor (art. 3.1) que establece la Ley de Contrabando y de acuerdo con las reglas de conversión establecidas en la disposición transitoria undécima del Código Penal número 1.d). La pena de prisión menor, por la de prisión de seis meses a tres años. Como quiera

que las penas de prisión impuesta para los delitos contra la flora y fauna son de seis meses a dos años al ser más grave la pena impuesta en el delito de contrabando, sería de aplicación preferente.

A esta regla general hay que hacer algunas salvedades. La primera, para que se dé el delito de contrabando el valor del objeto material del delito deber ser igual o superior a tres millones de pesetas (art. 2 núm. 1). De no alcanzar este valor se pueden aplicar en su caso los preceptos del capítulo IV del Título XVI del Libro II del Código Penal puesto que la Ley de Contrabando establece que: Cuando las conductas numeradas en el apartado 1 del artículo 2 (los delitos) de la presente Ley, el valor de los objetos sea inferior a tres millones de pesetas, se considerarán infracciones administrativas de contrabando.

Es evidente que la jurisdicción penal es preferente y como no se establece ningún requisito de valoración para operar, serán de aplicación los preceptos del Código Penal.

Señalar que puede suceder que una especie amenazada en España o en alguna Comunidad Autónoma no esté en los catálogos de referencia del delito de la Ley de Contrabando, el Convenio de Washington de 1973 y el Reglamento (CEE) número 3626/1982, o viceversa en cuyo casos no existiría concurso de leyes puesto que el objeto sería distinto y habría que aplicar, el que corresponda según la ubicación de la especie.

## 10. LA CAZA Y PESCA FURTIVA DE ESPECIES CINEGÉTICAS

### 1. *Planteamiento de la cuestión.*

Bajo esta rúbrica vamos a tratar de la caza y pesca furtivas de especies que pueden ser objeto de caza y pesca.

El Código Penal en sus artículos 334 y 335 sanciona la caza o pesca de especies amenazadas y de especies distintas de aquellas que pueden ser objeto de caza y pesca. Por lo tanto, la primera impresión que recibimos es que el legislador ha dejado fuera del Código Penal la caza o pesca furtiva de especies cinegéticas o piscícolas y traslada su tratamiento a la legislación especial de carácter administrativo.

Esta primera impresión puede ser confirmada por la disposición derogatoria del Código Penal de 1995, que declara expresamente derogados los preceptos penales sustantivos de la Ley de 20 de febrero de 1942, de pesca fluvial, la Ley de 31 de diciembre de 1946, sobre pesca con explosivos y de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza. Es más a propósito de la derogación de los preceptos penales sustantivos de la Ley de Caza, establece que los delitos y faltas previstos en dicha Ley no contenidos en este Código, tendrán la consideración de infracciones administrativas muy graves, sancionándose con multa de 50.000 pesetas a 500.000 pesetas y retirada de la licencia de caza o de la facultad de obtenerla por un plazo de dos a cinco años.

Curiosamente solo se hace mención a la Ley de Caza y no a la de Pesca, tiene su explicación; los escasos preceptos penales de la Ley de Pesca, en los que fundamentalmente se castigaba el empleo de veneno o explosivos, quedan perfectamente subsumidos en el artículo 336 del Código Penal.

La Ley de Caza en los artículos 42 y 43 establecía un amplio catálogo de conductas consideradas delitos y faltas, respectivamente. Entre ellos la caza furtiva propiamente

dicha. Así eran castigados como reos de delito, los que, sin el debido permiso cazaren en terrenos sometidos a régimen cinegético especial, cuando el valor cinegético de lo cazado excediere de 2.500 pesetas, con penas de arresto mayor o multa de 5.000 pesetas a 50.000 pesetas y privación de la licencia de caza o la facultad de obtenerla por un plazo de dos a cinco años [art. 41.1.f)]. Cuando el valor era inferior a 2.500 pesetas se castiga como falta.

La previsión legislativa de considerar infracciones administrativas muy graves las infracciones penales establecidas en la Ley de Caza es criticable, no solo porque no establece distinción entre los delitos y las faltas, sino porque además supone una clara invasión de las competencias autonómicas. En la actualidad la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas han dictado sus propias leyes de caza, en las cuales se establece el régimen sancionadora, pudiendo considerarse «papel mojado» la previsión de la disposición derogatoria del Código Penal.

Podemos preguntarnos si la caza o pesca furtiva han desaparecido del Código Penal o si por el contrario su tratamiento se encuentra en otros preceptos del Código. Considero que la segunda respuesta es la adecuada y explicaré por qué.

## 2. *La caza y la pesca como bienes patrimoniales.*

Tradicionalmente los animales silvestres susceptibles de ser cazados o pescados se han considerado *res nullius* y se adquiría la propiedad de los mismos por ocupación. El artículo 610 del Código Civil establece que «Se adquieren por ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y la pesca». Las leyes especiales se expresaban en términos parecidos, así la Ley de Pesca Fluvial establecía una distinción según que las aguas fueran públicas o privadas y disponía que «Los peces y demás seres que habitan temporal o permanentemente en masas de agua de dominio público, carecen de dueño; son bienes apropiables por su naturaleza y como tales se adquieren por ocupación, siempre que se ajusten a los preceptos de esta Ley» (art. 37) y «la pesca en aguas de dominio privado mientras permanezca en ella, es patrimonio del dueño de las mismas, sin otras restricciones que las que tiendan a evitar daños susceptibles de extenderse a las aguas públicas» (art. 38). La Ley de Caza igualmente disponía «Que cuando la acción de cazar se ajuste a las prescripciones de esta Ley, el cazador adquiere la propiedad de las piezas de caza mediante la ocupación. Se entenderán ocupadas las piezas de caza desde el momento de su muerte o captura» (artículo 22.1).

Si los animales pertenecientes a las especies susceptibles de caza o pesca son considerados *res nullius* no lo es el derecho a constituir cotos de caza o pesca. En principio, el derecho a constituir cotos de caza o pesca solo corresponde al propietario, particularmente en la caza ya que la Ley de Aguas de 1985 da un tratamiento distinto a la titularidad de las aguas, constituyendo este derecho una manifestación más de las facultades del dominio del artículo 348 del Código Civil. La Ley de Caza de 1970 reconoce el derecho a constituir cotos privados de caza a los propietarios de los terrenos o a los titulares de otros derechos reales o personales que lleven consigo el uso o disfrute del aprovechamiento de la caza (artículos 6 y 16). El contenido esencial de la posibilidad de constituir cotos de caza consiste en la posesión excluyente de tal derecho respecto de terceros. Así el párrafo 5.º del artículo 16 de la Ley de Caza disponía que «en los cotos privados de caza, el ejercicio del derecho de

caza corresponderá a éste y a las personas que autorice». Esta situación jurídica se mantiene prácticamente igual en las leyes de caza de las Comunidades Autónomas. Por un lado las especies de caza con *res nullius* o bienes de dominio público y por otro el derecho a cazar corresponde en exclusiva a los titulares de los terrenos acotados cuando cumplan los requisitos administrativos para ello.

Una vez constituido el coto de caza, el mismo puede ser arrendado, cedido u objeto de cualquier otra negociación lícita. La STS de 3 de octubre de 1979 establece que, «El derecho a la explotación de la caza contempla la posibilidad de establecer cotos vedados donde solo tiene derecho el titular de la finca y quienes éste autorice. Es posible su uso, disfrute y explotación, siendo valuable, tasable y naturalmente inventariable. Puede ser objeto de tráfico jurídico».

Consecuentemente con esta posibilidad de explotación y aprovechamiento exclusivo del derecho de caza, tanto el Código Civil como la Ley de Caza hacen responsable al titular del aprovechamiento cinegético de los daños causados por las piezas de caza procedentes de dichos terrenos. Igualmente la legislación autonómica consultada mantiene los mismos criterios.

Es posible considerar la titularidad de un aprovechamiento cinegético como integrante del patrimonio de una persona que lo detenta.

González Rus realiza un estudio sobre las distintas concepciones del patrimonio y tras definir las concepciones jurídicas y económicas, se inclina por la concepción mixta y a cuyo tenor «el patrimonio puede definirse como el conjunto de valores económicos jurídicamente reconocidos, comprendiendo todos los elementos materiales valorables en dinero, con tal de que tenga reconocimiento por parte del Derecho, si quiera sea provisional (cosas muebles e inmuebles, propiedad, posesión, derechos de crédito, derechos de uso y demás derechos reales y personales)». Esta postura es la aceptada mayoritariamente por la doctrina española (Antón Oneca, Bajo Fernández, Rodríguez Devesa y Muñoz Conde entre otros).

El citado autor, igualmente se hace eco del debate doctrinal existente sobre si el patrimonio es protegido en su conjunto, concebido como *universitas iuris*, o si por el contrario los que se ven afectados por las respectivas figuras delictivas son elementos integrantes del patrimonio. Incliniéndose por esta última postura, aceptada mayoritariamente.

Entendemos por lo tanto que la detentación de un aprovechamiento de caza o pesca forma parte del patrimonio de la persona que lo posee y como tal puede ser objeto de protección jurídico penal, como un elemento más integrante de tal patrimonio.

La titularidad de un terreno cinegético o de un vedado de pesca no es un elemento vacío sino que se completa con las piezas de caza o pesca que lo habitan. En la actualidad los cotos son objeto de gestión, racionalizándose la explotación, introduciéndose mejoras en el hábitat, etc. Incluso es frecuente la creación de cotos partiendo de cero, reintroduciendo especies que ya estaban extinguidas en esa zona, estableciendo períodos voluntarios de veda y proporcionando alimentación suplementaria a la natural para conseguir un mejor desarrollo de las especies introducidas.

Desde el punto de vista económico, la explotación de la caza y pesca constituyen actividades en la que se ven involucrados sectores diversos como la industria, la hostelería y el empleo en el medio rural, alcanzando una facturación global multimillonaria.

Insistiendo en este punto de vista, la titularidad de estos cotos no se ostenta sin más, sino que se explota económicamente. De modo que las personas interesadas en cazar o pescar deben pagar considerables sumas de dinero a los titulares de tales explotaciones. En consecuencia con lo que venimos diciendo, la titularidad de un coto privado de caza es un hecho imponible objeto de tributación en las leyes de caza autonómicas.

Actualmente existe un buen número de sociedades mercantiles cuyo objeto social es la intermediación en estas actividades relacionadas con la caza y pesca.

### 3. *Tipificación de la caza y pesca furtiva en el Código Penal.*

Necesariamente, tras la exposición anterior, la referencia necesaria será el Título XIII del Libro II del CP, es decir, «De los Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico». Particularmente, los delitos contra el patrimonio, si aceptamos la distinción entre unos y otros. Para acercarnos a la tipificación de la caza y pesca furtiva realizaremos una exposición sistemática similar a la de los demás preceptos estudiados para llegar a la conclusión de si la caza y pesca furtiva es subsumible en algún precepto penal de los delitos contra el patrimonio.

#### A. Conducta típica.

¿Qué hace el cazador o pescador furtivo? La respuesta parece clara: Capturar o dar muerte a los animales objeto de caza y pesca. Normalmente conllevará la apropiación del animal, bien para aprovecharse de la carne, para obtener el trofeo o simplemente por el placer de cazar o pescar. En todo caso esta conducta furtiva, sin la autorización del titular del aprovechamiento cinegético, supone eludir el gasto económico que conllevaría la caza o pesca con la debida autorización. Este comportamiento va inequívocamente unido a la idea de ánimo de lucro.

#### B. Objeto material.

La caza o pesca furtiva se realiza sobre las especies que son objeto de caza y pesca, las cuales se encuentran dentro de un terreno o una porción del curso de las aguas, que tienen una consideración administrativa determinada; coto o vedado y atribuyen su aprovechamiento exclusivo a una persona.

¿Existe alguna relación entre el cazador o pescador furtivo y el animal? La respuesta es ninguna, por lo tanto para el sujeto de esta conducta la pieza de caza o pesca es una cosa ajena.

#### C. Sujeto pasivo.

Por último, podemos plantearnos si los animales que son objeto de caza o pesca pueden ser considerados pertenecientes al titular del aprovechamiento cinegético o piscícola. Es decir, si los mismos pueden ser considerados dueños de las especies de caza o pesca que están en dicho terreno o espacios de agua. En los delitos contra el patrimonio, como el hurto o el robo, no se protege tanto la propiedad en sentido estricto como la detentación lícita de un bien mueble del despojo ilícito o violento del mismo. A estos efectos, el sujeto pasivo del delito de hurto o robo lo puede ser el propietario, el usufructuario, el depositario, o cualquier otro poseedor lícito. Por lo tanto, aunque la relación jurídica existente entre el titular del aprovechamiento

cinagético o piscícola no sea de propiedad en sentido estricto, ciertamente existe una relación de disponibilidad exclusiva y aprovechamiento económico, con marcados acentos dominicales, que es acreedora de igual protección que otras posesiones lícitas.

Un ejemplo puede ayudarnos a entender mejor esta postura; un buen número de fincas de caza mayor están cercadas e impiden la salida de las especies cinagéticas que se encuentran en su interior. Algunas de ellas, de acuerdo con los criterios de gestión que se mantienen, además de celebrar cacerías, capturan ejemplares vivos para venderlos, con la intención de repoblar otras zonas. Esto evidencia la completa disponibilidad de las especies cinagéticas que se encuentran en su interior.

Conclusión en resumen de todo lo expuesto, considero que la caza o pesca furtiva de especies que pueden ser objeto de caza o pesca, pueden ser constitutivas de una infracción contra el patrimonio, que de acuerdo con la forma de efectuarse podrá ser considerada hurto, robo o incluso daños, cuando la única intención sea dar muerte al animal sin ánimo de apropiación ulterior.

Esta postura ya ha sido reconocida en algunas resoluciones judiciales, así la Sentencia 150/97 del Juzgado de lo Penal de Cáceres (12 de mayo de 1997) condenó por un delito de hurto la caza furtiva de ejemplar de gamo en un coto privado de caza mayor y otra más reciente del Juzgado de lo Penal de Plasencia ha condenado, igualmente, por un delito de hurto la caza furtiva de dos cabras montesas en una zona de caza controlada, gestionada por la Junta de Extremadura. En ambos casos las sentencias no fueron recurridas. Asimismo los Juzgados de Instrucción de Cáceres han dictado diversas sentencias condenando por falta de hurto la pesca furtiva en charcas privadas.

## 11. BIBLIOGRAFÍA

CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, *Curso de Derecho Penal Español*. Parte Especial II. Marcial Pons. Madrid 1997.

CONDE POUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, *Trivium*.

GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español*. Parte Especial I. Marcial Pons. Madrid 1997.

MATEOS RODRÍGUEZ ARIAS, ANTONIO, *Revista La Ley*. Madrid 1997.

PRATS CANUT, JOSÉ MIGUEL, *Comentarios al nuevo Código Penal*. Aranzadi 1996.

ROLDÁN BARBERO, HORACIO, *Delitos contra la Fauna Silvestre en el nuevo Código Penal: «La Protección del Lobo»*. *Revista La Ley* núm. 4481.