

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCION DE LA FLORA Y FAUNA.

TITULO XVI, LIBRO II, CAPITULO IV DEL CODIGO PENAL

CARMEN BAUTISTA PAREJO

Doctora en Ciencias Biológicas

Abogada

Profesora de la Universidad Complutense de Madrid

INTRODUCCION

Es evidente que la intervención administrativa tiene una notable incidencia en el ámbito penal ecológico. En consecuencia, es necesario establecer algunas consideraciones previas respecto a las particularidades de la normativa ambiental y en cuanto a las competencias que en dicha materia tienen asumidas las Comunidades Autónomas, para entrar en el análisis del contenido de los delitos que contra el medio ambiente se establece en el nuevo Código Penal.

La inclusión en el Código Penal antiguo del delito ecológico como protección ambiental tuvo su origen en la Conferencia de Estocolmo, celebrada en junio de 1972, y recogido como una de las recomendaciones sugeridas en las III Jornadas que sobre Medio Ambiente Urbano se celebraron en Madrid en 1978, poco antes de la publicación de la Constitución española.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su reunión celebrada en 1977, consideró la necesidad de protección de la salud y de la flora y vida animal, debiendo acudir en *última ratio* a las sanciones penales y al establecimiento de **Fiscalías y Secciones de los Tribunales especializados en materia ambiental.**

En la Constitución española se faculta y confiere a la Administración la protección ambiental a través del ejercicio de las potestades normativas, de inspección y control, y sancionadora.

Las Comunidades Autónomas tienen asumidas las competencias transferidas por el Estado español en materia de medio ambiente, pudiendo dictar normas de desarrollo legislativo de la legislación básica estatal, conocidas como normas adicionales de protección. En virtud de dichas competencias se han producido diferentes tipos de calificación de las infracciones, así como de las sanciones, que establecen distintas actuaciones en cuanto a la jurisdicción actuante. Consecuencia de dicha actuación es la distinta calificación de las infracciones, que mientras en una Comunidad Autónoma son consideradas como graves, en otras lo son como menos graves o leves. Esta consideración tiene un mayor alcance y consecuencias cuando, en función de la calificación que la Administración competente hace de las infracciones, considera que el hecho reviste caracteres de delito y pasa el expediente a la jurisdicción penal, mientras que en otra Comunidad Autónoma el mismo hecho prosigue el procedimiento sancionador administrativo al no ser considerada la infracción como grave y no revestir caracteres de delito. En consecuencia, es la Administración competente la que demarca los límites entre lo lícito y lo ilícito, o el ámbito de actuación de la jurisdicción penal o de la administrativa.

En otras situaciones, es la Autoridad judicial o el Ministerio Fiscal quien, al haber tenido conocimiento previo de la infracción, investiga y determina si los hechos producidos son constitutivos de delito o falta, remitiendo, en su caso, la documentación a la Administración competente para su investigación y sanción.

El criterio diferenciador que determina si es de aplicación una sanción penal o una sanción administrativa es el de **la gravedad**, y, precisamente en materia ambiental, los factores que definen y establecen la gravedad de la acción y/o de los hechos son muy difíciles de ponderar y determinar, pues están en función de los efectos inmediatos producidos o

diferidos en el tiempo, de la irreversibilidad y dificultad de restauración de los espacios dañados, de la persistencia de los efectos perjudiciales, así como de la distinta y difícil valoración de las especies de fauna o flora amenazadas o en vías de extinción.

A causa de estas y otras peculiaridades existentes en cuanto a los efectos que las acciones contaminantes o de otra índole ejercen sobre el medio ambiente y sobre los recursos naturales, no es posible establecer la concreción suficiente respecto a los hechos y efectos producidos que objetivice de forma más generalizada la valoración correcta o el grado de irreversibilidad de lo dañado.

Si además de lo ya indicado se toma en consideración la profusa, difusa y dispersa normativa ambiental sectorial, de diferente desarrollo y contenido en las Comunidades Autónomas, y por otra parte la concurrencia de competencias y de conflictos competenciales que residen en los tres niveles principales de la Administración (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales), es fácil suponer la complejidad y dificultades que se presentan a la hora de hacer una correcta tipificación y regulación del delito ecológico o contra el medio ambiente.

Todo este planteamiento previo es una pretendida justificación en cuanto a la definición del delito ecológico, tanto en el antiguo como en el nuevo Código Penal, de **"norma penal en blanco"** por el reenvío que hace a la legislación administrativa para valorar penalmente la comisión de las agresiones al medio ambiente y expresado en su **"contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente"**.

El medio ambiente, como bien jurídico a proteger, responde a un mandato constitucional, interpretado por algunos juristas como un derecho a disfrutar de él. No obstante, en muchas ocasiones se incurre en delito sin lesionar el derecho a disfrutarlo, bastando con poner en peligro alguna de las condiciones de existencia de los seres vivos o de los recursos naturales.

Otro de los planteamientos generales necesarios de hacer sería el referido al análisis del resultado típico, y la consideración del delito

como de lesión, de peligro concreto o de peligro abstracto, así como las distintas opiniones en relación con el concurso de delitos. Todo ello entraña diversos problemas difíciles de relacionar con otros ordenamientos jurídicos y con el propio articulado del Código Penal.

Hechas estas consideraciones de carácter general, procede entrar en la interpretación y alcance de los preceptos que configuran los delitos contra el medio ambiente en el nuevo Código Penal a través de su análisis y juicio crítico.

La flora y la fauna silvestres, así como las especies objeto de caza y pesca, constituyen recursos naturales cuya protección y persistencia han de estar garantizadas con especial atención a las especies autóctonas. Dentro de su preservación se incluye la de sus hábitat, diversidad genética, variedad y singularidad, así como el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas vitales básicos.

Los problemas ambientales más importantes asociados con el uso y aprovechamiento de los recursos naturales están relacionados con la erosión del suelo, la contaminación del agua, la pérdida de cubierta vegetal, la destrucción de biotopos y la pérdida de la biodiversidad.

La Ley 4/89, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, establece, en su artículo 29, las categorías en las que se clasifican las **especies amenazadas** para proceder a su catalogación en:

- a) Especies en peligro de extinción.
- b) Sensibles a la alteración de su hábitat.
- c) Vulnerables.
- d) De interés especial.

Las Comunidades Autónomas incluyen distintas especies en las categorías respectivas establecidas por la Ley, basadas en las peculiaridades de la fauna y flora existentes en cada Comunidad Autónoma. Con frecuencia se producen situaciones en las que las mismas especies son catalogadas en distintas categorías y, en consecuencia, dependiendo de la Comunidad Autónoma de que se trate, la

misma especie objeto de la infracción puede dar lugar a su calificación de infracción muy grave, grave o leve, o ni siquiera estar tipificada como infracción. Esta situación condicionaría la intervención de la jurisdicción penal en unas Comunidades respecto a algunas especies, mientras que en otras las mismas especies serían objeto exclusivamente de sanción administrativa, ateniéndonos al criterio de gravedad como criterio diferenciador respecto a la intervención jurisdiccional penal o administrativa, situación que dificulta la tipificación e identificación del ilícito penal.

La redacción del nuevo Código Penal adolece de una serie de inconcreciones que suscitan dudas y que se expresan a continuación.

En lo dispuesto en los artículos 332 a 337, correspondientes al Capítulo IV del Código Penal vigente, en relación con lo establecido en la normativa específica de la materia y en razón de la referencia obligada como "tipo penal en blanco" reiterada en las muchas referencias que se hace en su articulado en los términos de "...contraviniendo las Leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna...", parece deducirse que no han sido tratados dichos artículos con la necesaria concordancia que se establece en los preceptos de las normas administrativas. En la interpretación de estos preceptos conviene hacer una serie de consideraciones:

1. La caza y la pesca en ningún caso podrá afectar a especies catalogadas, que son aquellas incluidas en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, y que las correspondientes Comunidades Autónomas incluyen en las categorías anteriormente citadas a), b), c), d), en función de sus peculiaridades específicas.

El nuevo Código Penal no aprecia la distinción fundamental entre especies amenazadas (catalogadas), especies autóctonas y especies objeto de caza y pesca, y ni siquiera alude a las diferentes categorías de especies amenazadas, que serían objeto de distinta cualificación penal. Únicamente se hace alguna referencia en el párrafo 2 del artículo 334, que expresa como tipo agravado el referido a

"en peligro de extinción" pero en su concepción de "especie objeto de caza y pesca". Se introduce cierta posibilidad de error en cuanto a la confusión que pueda suscitarse respecto a las "especies objeto de caza y pesca", y a las "especies amenazadas", según se expresa al comienzo de dicho artículo. Para mayor abundamiento y a tenor de lo dispuesto en el artículo 337, "en los supuestos previstos en los tres artículos anteriores se impondrá además a los responsables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de tres a ocho años". Los tres artículos anteriores (334, 335 y 336) aluden en todos sus supuestos a "...el que cace o pesque" y a la "caza y pesca", lo que no presupone que en ningún caso pueda referirse a especies catalogadas, silvestres, autóctonas o endémicas, sólo se refiere a especies amenazadas y a especies distintas a las amenazadas. Incluso en el tipo agravado del artículo 336, previsto para cuando se empleen para la caza o pesca venenos, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva, y el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de cuatro a ocho meses en su mitad superior. Se refiere a la "fauna" en términos tan generales que podría ser de aplicación a una hormiga o a un espécimen de oso pardo. En el comienzo de dicho artículo se dice: "el que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno,...", ¿supone que se podría autorizar legalmente el empleo de instrumentos o artes destructivas para la fauna protegida?

2. La Ley 4/89, en su artículo 4, hace mención expresa de la adopción por parte de la Administración de medidas protectoras para las especies de animales y plantas silvestres no incluidas en la catalogación como especies amenazadas, prohibiendo dar muerte, dañar, molestar o inquietar "intencionadamente" a los animales silvestres y especialmente a las especies catalogadas. El ámbito protectorista de la Administración abarca a otras muchas especies que no son las concretamente amenazadas y además incluye otras acciones que podrían ser delictivas, tales

como las de dañar o molestar intencionadamente a los animales silvestres.

En términos generales y en relación con las figuras y acciones delictivas recogidas en el Capítulo IV del nuevo Código Penal hay que decir que son restrictivas y limitativas.

En el Código Penal vigente constituyen acciones delictivas respecto a la flora, cortar, talar, quemar, arrancar, recolectar o efectuar tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, destruir o alterar gravemente su hábitat, así como introducir especies no autóctonas de modo que se perjudique el "equilibrio biológico". En relación con la fauna se incluye la realización de actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, que se comercie o trafique con las especies amenazadas o con sus restos, y que se introduzca o libere especies no autóctonas que puedan perjudicar el "equilibrio biológico".

En primer lugar, los términos de "cazar y pescar" son confusos y no concuerdan con la finalidad proteccionista respecto a la fauna y flora silvestre. Dichos términos se aplican a actividades reguladas reglamentariamente e implican dar muerte a las especies que son objeto de dichas actividades. Las acciones de dañar, molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres y especies amenazadas, la recolección de sus huevos o crías, la captura en vivo, la posesión de los animales como de sus restos deberían constituir una serie de supuestos de tipos cualificados, distintos evidentemente a las acciones de cazar y pescar pero que pueden constituir elementos integrantes de una acción delictiva.

En segundo lugar, la prohibición de introducir o liberar especies o subespecies no autóctonas tiene como finalidad evitar la alteración de su pureza genética o de los "equilibrios ecológicos" y no del "equilibrio biológico", tal y como reza el artículo 333, y podría ser interpretado como un "error conceptual biológico" por parte de los legisladores.

Por otra parte, el agravamiento de las penas en relación con los atentados contra las especies endémicas, que son objeto prioritario de protección, no se incluyen en el tipo agravado del párrafo 2 del artículo 334, que sólo se

refiere a las especies o subespecies catalogadas "en peligro de extinción".

Y en tercer lugar, además de no hacerse la distinción entre especies y subespecies amenazadas (catalogadas), silvestres, autóctonas y endémicas, en algunos casos se alude a especies y en otros a especies y subespecies. Una vez más se induce a confusión, ya que pudiera suceder que la introducción o liberación de una subespecie de flora o fauna no autóctona, o la caza o pesca de una subespecie amenazada, así como su comercio o tráfico, sin que estén catalogadas en peligro de extinción, y a tenor de lo dispuesto en los artículos 333 y 334, podría, y en términos de defensa, no ser constitutivo de delito.

3. La normativa administrativa califica como infracciones muy graves tanto la destrucción, muerte, deterioro, recolección, comercio, captura y exposición para el comercio o naturalización de especies de fauna y flora catalogadas en peligro de extinción o vulnerables a la alteración de su hábitat, así como la de sus propágulos o restos, la destrucción de sus hábitat, y en particular del lugar de reproducción de invernada, reposo o alimentación.

Evidentemente, las conductas, figuras y tipos cualificados incluidos en el nuevo Código Penal pueden plantear en su momento importantes problemas de interpretación en cuanto a los lícitos e ilícitos penales y elementos integrantes de la acción, así como respecto a la aplicación de las penas, que agravarían esta situación, cuando los hechos sean calificados como infracciones muy graves por parte de la Administración competente y den traslado al Ministerio Fiscal.

Como conclusión al análisis efectuado, hay que añadir que se ha tenido en escasa consideración, o no se ha tenido, lo dispuesto en la materia en: las Directivas, D. 92/43, de hábi-

tat, fauna y flora silvestres, D. 79/409, de aves; los Convenios de Berna, Bonn, Ramsar y Washington (CITES); Instrumentos de Ratificación de 18 de marzo de 1982 sobre humedales, de 22 de enero de 1985 sobre especies migratorias, de 13 de mayo de 1986 sobre la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa; Instrumento de adhesión de 16 de mayo de 1986 sobre Comercio Internacional de especies amenazadas, Ley 4/89, de 27 de marzo, RD 1970/1985, de 25 de mayo, sobre comercio internacional de especies amenazadas, RD 1997/95, de 7 de diciembre, que transpone la Directiva de Hábitat, RD 439/90, de 30 de marzo, que regula el Catálogo nacional de especies amenazadas; ni en la normativa de caza y pesca, ni en la legislación autonómica sobre dicha materia.

RESUMEN

El delito ambiental como "tipo penal en blanco" por el reenvío que hace a la normativa administrativa para valorar penalmente la comisión de las agresiones al medio ambiente es analizado en el contenido de la ponencia en dos apartados: uno, de introducción general, en el que se plantean los ámbitos en los que intervienen la jurisdicción administrativa y la jurisdicción penal; y un segundo apartado en el que se analiza el Capítulo IV de Título XVI del Libro II del nuevo Código Penal, referido a "los delitos relativos a la protección de la flora y fauna". Dicho análisis se realiza dentro del marco de la normativa administrativa vigente, deduciéndose de su estudio la falta de concordancia entre lo dispuesto en dicho capítulo y lo reglamentado en las disposiciones de carácter administrativo.