

Pedro Rubens Castro Simancas

Servicio de Gestión y Administración de Programas Ambientales.
Viceconsejería de Medio Ambiente.

La flora y fauna silvestre en el nuevo Código Penal

El Código Penal de 1995 ofrece importantes novedades en el ámbito de la protección ambiental. En el núm. 1 de esta Revista repasamos los incendios forestales y ahora haremos lo propio, viendo los delitos relativos a la protección de la flora y fauna que ocupa los artículos 332 a 337 de este nuevo Código que el 24 de mayo de 1997 cumplirá un año de su entrada en vigor¹.

Una de las novedades que presenta este Código en su parte especial, es el conocido Título XVI (del Libro II), que se ocupa de los *delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*. En efecto, si el Código anterior trató de tutelar el medio ambiente únicamente frente a los actos de la contaminación, dicha regulación era muy deficiente e incompleta. En cuanto a la flora y la fauna silvestre, estas materias no eran objeto de atención por parte del legislador penal, por lo que las nuevas figuras penales son inéditas en el derecho español y a ellas nos vamos a referir a continuación.

La primera aseveración que hay que hacer es que los hechos delictivos a que se refiere la ley penal ya venían constituyendo infracción administrativa en las leyes protectoras de la

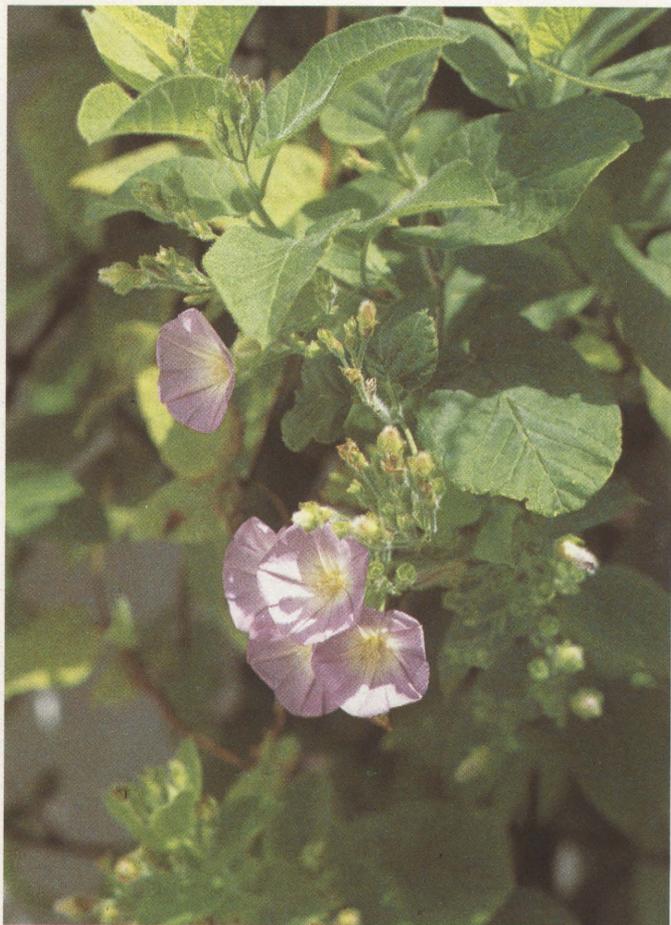
flora y fauna silvestre, especialmente en la Ley 4/1989, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, por lo que existe el peligro de que se produzca un solapamiento entre ambas regulaciones. Máxime cuando las tipificaciones realizadas en el ámbito penal parece que «lo quieren abarcar todo», dando la impresión de que cualquier actividad prohibida constituye un delito, y nada menos cierto. El derecho penal debe entenderse auxiliar de las leyes administrativas, lo cual significa que la sanción penal debe tender exclusivamente a reforzar el cumplimiento de la normativa administrativa. En otras palabras, la sanción penal tiene como finalidad restaurar un orden de cosas tal y como lo regula el Derecho Administrativo, cuando la gravedad de la infracción se considere merecedora de una sanción penal y no de la meramente administrativa.

En relación a la protección de la flora, el artículo 332 resulta ser el mejor ejemplo de ese carácter «acaparador» que contradice el principio de primacía de la ley administrativa que acabamos de comentar: «*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 (...), o multa (...)». Por tanto, el objeto de protección, el bien jurídico a proteger, es la flora amenazada o sus hábitats. Se trata de un delito de resultado (se requiere que se haya cortado una planta) y de daños (que se haya quemado o arrancado), mediante múltiples acciones, todas ellas que pueden ser realizadas directa o indirectamente. Cabe diferenciar entre:

- a) cortar: dividir una planta o separar sus partes.
- b) talar: cortar por pie árboles para dejar rasa la tierra.
- c) arrancar: sacar de raíz una planta o árbol.
- d) recolectar: recoger o cosechar plantas o semillas.
- e) traficar: comerciar, vender o de cualquier modo ceder a terceras personas alguna especie o subespecie.
- f) destruir: arruinar, asolar o inutilizar un hábitat.
- g) alterar: perturbar, trastornar o inquietar un hábitat.

Todo lo anterior referido a alguna especie o subespecie de flora amenazada (incluso, de sus propágulos), esto es, cualquiera de las que aparezcan en los Catálogos Nacionales Especies Amenazadas o de las Comunidades Autónomas.



Corregüelón (*Convolvulus canariensis*). (María Martínez).

Desde luego, se trata de un concepto variable e indeterminado que puede crear una cierta inseguridad jurídica (una especie protegida en una Comunidad Autónoma puede no estarlo en otra o una especie amenazada y por tanto catalogada, puede dejar de estarlo y ser objeto de decatalogación a nivel nacional o autonómico). Más indeterminado resulta aún para un operador jurídico (en este caso, para el juez penal) el concepto de hábitat, sobre todo si éste no se halla catalogado o protegido por la Administración ambiental. También comete delito

el que introdujera o liberara especies de flora y 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. En este caso, se trata de un delito de peligro, es decir se requiere que la conducta típica ponga en situación de riesgo el equilibrio biológico. Podemos definir el equilibrio biológico como el mantenimiento de condiciones óptimas de vida y el desarrollo mediante la conservación de las interrelaciones entre todos los componentes de un determinado ecosistema.

Penas de prisión y multas

La finalidad de este tipo penal es muy loable, pero plantea serios problemas de aplicación. Por un lado, tiene una gran indeterminación el concepto de «flora y fauna no autóctona», por cuanto deberá aclararse a qué ámbito espacial se está refiriendo, a la introducción de especies alóctonas en una isla, en un hábitat más o menos grande, en una región archipelágica, o en un continente, por poner algunos casos extremos. Por otro lado, el perjuicio al equilibrio ecológico es un dato, además, muy difícil de determinar a corto plazo ¡y de probar! de manera fiable a fin de sostener una acusación y finalmente obtener una condena para el autor de los hechos. Además, se requiere que la acción sea contraria a las leyes o normas reglamentarias protectoras de las especies de flora o fauna, con lo cual nos encontramos con una norma penal en blanco y la necesidad de remitirse nuevamente a la Ley 4/1989 que contempla como criterio de actuación de las Administraciones Públicas evitar la introducción y proliferación de especies, subespecies o razas geográficas (*sic*) distintas a las autóctonas, en la medida que puedan competir con éstas, alterar su pureza genética o los equilibrios ecológicos.

Las penas que pueden corresponderle a los autores de estos delitos serán las de prisión de 6 meses a 2 años, o multa de 48 mil a

36 millones de pesetas. Estas penas, por su gravedad, creemos que sólo pueden tener un efecto disuasorio frente al posible infractor, a fin de evitar males mayores. En la práctica, creemos que en la mayoría de los casos se reconducirán estas acciones fuera del ámbito penal, cuando, a juicio del juez, no sean de carácter grave, siendo enjuiciadas la mayoría de las veces dentro del procedimiento sancionador administrativo.

La protección de la fauna

Los artículos 334 a 337 son dedicados exclusivamente a la protección de la fauna silvestre y en parte vienen a sustituir a los preceptos de contenido penal que se hallaban en la Ley 1/1970, de Caza. Por cierto, que otras infracciones penales contempladas en esta Ley y que no se recogen en el Código, tienen ahora la consideración de infracción administrativa muy grave, sancionándose con multa de 50 mil a 500 mil pesetas y retirada de la licencia de caza, o de la facultad de obtenerla por un plazo de dos a cinco años². Ahora bien, esta previsión no podrá interpretarse como una invasión de las competencias autonómicas en materia de caza, que son exclusivas, sino como una norma de derecho supletorio a falta de una ley de caza propia en el territorio de una Comunidad Autónoma.

El artículo 334 es muy completo y trata de los siguientes supuestos de he-

DELITOS Y PENAS

| MATERIA | CONCEPTO | PENAS DE PRISIÓN | Y/O MULTAS |
|---------------|---|------------------|--|
| FLORA Y FAUNA | Talar, arrancar o recolectar especies no autóctonas que perjudiquen al equilibrio biológico | 6 meses a 2 años | ó 8 meses a 24 meses |
| | Introducir especies no autóctonas perjudiciales para el equilibrio biológico | 6 meses a 2 años | ó 8 a 24 meses |
| | Pesca o caza de especies amenazadas o impedimento de su reproducción, o tráfico de las mismas | 6 meses a 2 años | ó 8 a 24 meses; e inhabilitación para caza o pesca de 3 a 8 años |
| | Pesca o caza de especies no autorizadas | 6 meses a 2 años | 4 a 8 meses; e inhabilitación de 3 a 8 años. |
| | Pesca o caza por medios destructivos | 6 meses a 2 años | ó 8 a 24 meses; e inhabilitación de 3 a 8 años. |

cho, con las necesarias remisiones a las normas administrativas:

- a) La caza o pesca de especies amenazadas, por tanto de aquellas que se hallen incluidas en los Catálogos nacional o regional de Especies Amenazadas, en alguna de las categorías de protección que allí se contemplan (sensibles a la alteración de su hábitat, vulnerables, o de interés especial), salvo las que se hallen en peligro de extinción, por la razón que ahora veremos.
- b) La comisión de actividades que impida o dificulte su reproducción o migración contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de especies de fauna silvestre.
- c) El comercio o tráfico de estas especies o con sus restos.

Como delito agravado, debe tenerse en cuenta si las acciones anteriores se refieren a especies o subespecies catalogadas *en peligro de extinción*.

También aquí las penas que pueden corresponderle a los autores de estos delitos serán las de prisión de 6 meses a 2 años, o multa de 48 mil a 36 millones de pesetas. En el caso del delito agravado referido a las especies en peligro de extinción, la pena se impondrá en su mitad superior con prisión de dos a tres años. Además, se le impondrá a los responsables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de 3 a 8 años, pena ésta de carácter accesoria que también se aplicará en los supuestos de delitos siguientes.

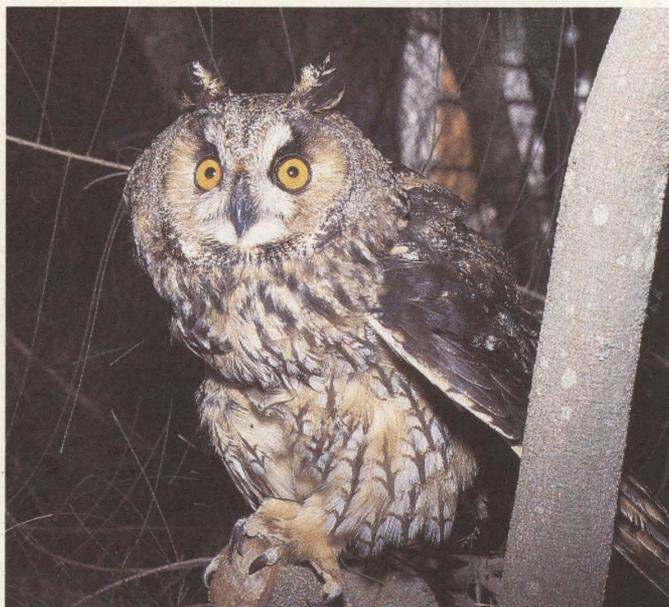
El artículo 335 se refiere a la caza o pesca de es-

pecies, que aunque no estén catalogadas como amenazadas, no están expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia. ¿Cuáles podrían ser estas «normas específicas»? Se nos ocurre que las que se contienen en el Real Decreto 1095/1989, por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca y se establecen normas para su protección, así como las órdenes generales de veda anuales dictadas en cada Comunidad Autónoma.

Por último, 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 (...) o multa (...). Si el daño causado fuera de notoria importancia se impondrá la pena de

prisión en su mitad superior. La relación de procedimientos prohibidos para la captura de animales se halla en el anexo III del Real Decreto 1095/1989 antes citado.

En este capítulo del Código dedicado a los delitos relativos a la protección de la flora y fauna no se prevé la comisión por imprudencia. Como es ya sabido, constituye novedad en este Código que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley, por lo cual el legislador ha optado por abandonar el sistema de *numerus apertus* que representaba el Código anterior, pasando a un sistema de *numerus clausus*, exigiendo la tipificación de la imprudencia, como grado de culpabilidad, con relación a cada delito concreto. Pues bien, en el caso de los delitos que



Buho (*Asio otus*). (Matías Farray).

estamos tratando, su comisión sólo puede ser tenida en cuenta por una acción u omisión dolosa, es decir, por un comportamiento plenamente deliberado e intencionado de producir un mal.

En relación con el 338, nos encontramos con una previsión lógica y de sentido común, naturalmente como delito agravado: cuando las conductas delictivas que hemos definido afecten a algún espacio natural protegido, lo que de hecho puede ser muy habitual (que se corte una planta catalogada en el ámbito de una reserva natural o se cace una especie protegida en un Parque Nacional, por poner dos ejemplos típicos), en estos casos se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas.

Por último, hagamos ligera mención a las «obligaciones accesorias» que el juez penal puede imponer

a los responsable de estos delitos, contenidas en los artículos 339 y 340, *disposiciones comunes* a los delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente.

El "arrepentimiento ambiental"

Uno de los preceptos más interesantes del nuevo Código se contiene en el artículo 339: *Los Jueces y 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.*

Al tratarse de una *medida cautelar*, parece que pudiera adoptarse previamente al enjuiciamiento de los

hechos, lo que plantearía problemas con el principio de presunción de inocencia. Dicha posibilidad entendemos que debe ser descartada por exigir el precepto el que se conozca penalmente al «autor del hecho». Esto puede desvirtuar la naturaleza cautelar que el precepto pretende, o bien, que la «medida» se impusiese antes de que la sentencia fuera firme, hipótesis que valdría a fin de evitar males mayores respecto de la conservación o seguridad de los recursos naturales protegidos, objeto del ataque o de la alteración, ya que, si hubiera que esperar al final del proceso penal para adoptar medidas de protección, el daño para el medio ambiente podría ser elevado e irreversible, sin embargo, también plantea dificultades prácticas esta interpretación. Se trata, en definitiva, de una potestad discrecional a gran arbitrio del juez penal y habrá que esperar a la jurisprudencia de los tribunales.

Finalmente merece mencionarse, como novedad en este Código, la figura del llamado «arrepentimiento ambiental» contenido en el artículo 340, que es causa de atenuación de la pena y que consiste en reparar el daño voluntariamente con anterioridad a la sentencia: *Si el culpable de cualquier 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.* Constitu-

ye desde luego una circunstancia atenuante³, sin precedentes en nuestro Derecho Penal ambiental y que puede tener positivos efectos prácticos en la conservación de nuestro Patrimonio natural.

Queda sólo por comprobar la aplicación práctica de estos preceptos por la Jurisprudencia de los Tribunales, su eficacia en la represión de estos delitos y la utilidad y certeza de las conductas tipificadas penalmente en relación con las infracciones administrativas contempladas en la Ley 4/1989 de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres y su normativa complementaria, estatal y autonómica que seguirán siendo las normas de regulación sustantiva de esta materia. □

- (1) El 8 de noviembre de 1995 aprobaron definitivamente las Cortes Generales el Proyecto de Código Penal presentado en 1994 y que fue promulgado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, entrando en vigor el día 24 de mayo de 1996.
- (2) Téngase en cuenta lo dispuesto en la Disposición derogatoria, apartado 1,e) del Código Penal.
- (3) Vid. el artículo 21 del Código Penal de 1995 donde se describen las circunstancias atenuantes, y obsérvese la similitud del llamado «arrepentimiento ambiental» con la atenuante 5ª de este precepto.