

Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y fauna. Interpretaciones para su adecuación constitucional

JOSÉ MUÑOZ LORENTE

Profesor Titular Interino de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. Introducción.–II. Bien jurídico y nulo respeto por el principio de ofensividad o lesividad: el efecto exclusivamente simbólico del Derecho Penal. 1. Bien jurídico y función simbólica de los tipos penales. 2. Los artículos 332 y 334.1 del Código penal y el principio de ofensividad o lesividad. 3. El artículo 335 del Código penal y el principio de lesividad u ofensividad.–III. Nulo respeto por el principio constitucional de proporcionalidad.–IV. El artículo 335 del Código penal: nulo respeto por el principio de legalidad penal. La urgencia y necesidad de una declaración de inconstitucionalidad o, en su caso, una sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional.–V. Conclusiones.–VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978 –al igual que otras de nuestro entorno cultural (1)– no impone *expresamente* al legislador ordinario la obligación de incriminar o penalizar atentados a bienes jurídicos

(1) Así, específicamente respecto a la Constitución alemana, *vid.* ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, T. I, traducción de la 2^a ed. alemana y notas por Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 64; TIEDEMANN, K., «Marco e influencia constitucional», en Tiedemann, K., *Lecciones de Derecho Penal económico*, Barcelona, 1993, pp. 130 ss. Respecto a la Constitución italiana, *vid.* BERNARDI, A., *La tutela penale dell'ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie*, Ferrara, 1997, pp. 11 ss.

estrictamente fundamentales (2). Ello ocurre, por ejemplo, aun en el supuesto del derecho fundamental más importante: el derecho a la vida, contenido en el artículo 15 del referido texto constitucional. De este precepto no cabe inferir –reitero, explícitamente– la obligación de castigar penalmente los atentados a ese bien jurídico (3). Esta circunstancia, es decir, la inexistencia general de lo que se denomina *obligaciones explícitas de penalización* (4), ha impulsado a la doctrina penal a cuestionarse –a través de la denominada «teoría del bien jurídico»– cuándo puede intervenir el *ius puniendi* estatal para proteger esos derechos o, lo que es idéntico, *cuándo un determinado bien jurídico constitucional ha de ser protegido penalmente* (5).

(2) Cuando me refiero a bienes jurídicos estrictamente fundamentales estoy pensando en los contenidos en los artículos 15 a 29 de la Constitución; esto es, derechos cuya resistencia y protección jurídica es superior a la del resto de los derechos constitucionales, como ya tuve ocasión de reseñar en otra ocasión, así, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Valencia, 1999, pp. 129 ss. Sobre dicha terminología y sus derivaciones materiales, en mayor extensión, entre otros, *vid.* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Régimen constitucional de los derechos fundamentales», en Martín-Retortillo Baquer/Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, pp. 81 ss.; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990, pp. 99 ss.; también, del último autor citado, *vid.* «Sobre el concepto jurídico de derechos fundamentales», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 8-9, 1989-1990, pp. 233 ss.

(3) Otra cosa es que, naturalmente, el sistema de valores imperante en la actualidad no permita poner en duda que, tanto respecto a éste, como a otros bienes estrictamente fundamentales, sea necesaria, e incluso obligada, su tutela penal dada la existencia de un claro consenso en relación con la importancia del valor a proteger. Y quizás por ello el legislador constituyente no hizo ninguna mención expresa a la obligación de protección penal de los mismos. En estos supuestos, nos encontraríamos ante lo que doctrinalmente se ha denominado como *obligaciones implícitas o tácitas de penalización* (al respecto, *cfr. infra*) que derivarían, como señala MIR PUIG, por una parte, de la caracterización constitucional del Estado como social y, por otra, como sigue diciendo el mismo autor, del artículo 9.2 de la Constitución que implica la obligación de intervención punitiva para la protección de los bienes o relaciones fundamentales de la sociedad democrática. Así, *vid.* MIR PUIG, S., *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 37. En parecidos términos, *vid.* CARBONELL MATEU, J. C., «Reflexiones sobre el concepto de Derecho Penal», en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1998, p. 369; TIEDEMANN, K., «Marco e influencia constitucional», *op. cit.*, pp. 131-132.

(4) Al respecto, y en mayor extensión sobre éstas, *cfr. infra*.

(5) En este mismo sentido, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La protección penal del Derecho a la intimidad», en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, 1994, pp. 353 ss. Sobre las propuestas relativas a este aspecto, en mayor extensión, por todos, también, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 69, 1983, pp. 85 ss.

Sin embargo, a este respecto *resulta significativo que sí aparezca esa obligación explícita de incriminación en dos concretos y únicos preceptos de la Norma Fundamental* que, además, por su ubicación sistemática dentro del texto constitucional, paradójicamente no son considerados por aquélla como auténticos derechos fundamentales en sentido estricto, sino, únicamente, como instituciones que son «jerárquicamente» inferiores; esto es, como principios rectores de la política social y económica (6).

Los preceptos constitucionales a que me refiero, como se sabe, son, por un lado, el artículo 46 de la Constitución –relativo a la protección específicamente penal del patrimonio histórico, cultural y artístico– y, por otro, la referencia que se hace en el artículo 45.3 del referido texto constitucional a la obligación de establecimiento de «sanciones penales, o en su caso, administrativas» para quienes lesionen el medio ambiente. Es decir, en estos dos supuestos nos encontramos ante la plasmación de lo que se ha venido en denominar *obligaciones explícitas de penalización* –frente a aquellas otras que doctrinalmente se suelen calificar como *obligaciones implícitas o tácitas de penalización* (7) contenidas, también, en la Norma Fundamental y, en algún caso, reconocidas expresamente por el Tribunal Constitucional (8).

(6) Respecto a los que es posible que, todavía en la actualidad, no exista un claro consenso en relación con la importancia del valor a proteger (cfr. *supra*, nota núm. 3) y, en consecuencia, el constituyente de 1978, al contrario que en otros supuestos socialmente consensuados, optó claramente por poner de relieve la importancia de la protección penal de algunos de ellos.

(7) Esencialmente, se utiliza esta denominación en el ámbito doctrinal comparado. Al respecto, y en mayor extensión, *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Bien jurídico y Constitución», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, 1991, pp. 28 ss., quien, no obstante, rechaza la existencia de obligaciones implícitas de penalización en nuestra Constitución y, de la misma forma, relativiza en extremo la fuerza vinculante de las obligaciones de penalización explícitas (al respecto, cfr. *infra* nota núm. 9); también, en relación con la misma cuestión, *vid.* TIEDEMANN, K., «Marco e influencia constitucional», *op. cit.*, pp. 130 ss., quien, no obstante y expresamente, acepta la existencia de esas obligaciones de penalización implícitas, tanto en la Constitución alemana, como en la española; también, aceptando la existencia de obligaciones de penalización implícitas, *vid.* CARBONELL MATEU, J. C., «Reflexiones sobre el concepto de Derecho Penal», *op. cit.*, pp. 368-369; MIR PUIG, S., *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 37.

(8) En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente la existencia de obligaciones de penalización implícitas. Así, por ejemplo, en relación con la tutela de la vida en formación a propósito del recurso de inconstitucionalidad previo que se dirigió contra el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código penal de 1973 (aprobado por el Senado el 30-11-1983) despenalizador de deter-

Esa obligación explícita de penalización en el marco del medio ambiente —rechazada, sin embargo, en algunos ámbitos doctrinales (9)— no es más que reflejo de la actual tendencia mundial, cada vez más frecuente, de dar respuesta a los atentados contra el medio ambiente (10) y, específica y particularmente, respuesta penal (11)

minadas conductas de aborto, *vid.* STC 53/1985, de 11 de abril, especialmente, fundamento jurídico 7.º

(9) Así, por ejemplo, *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Bien jurídico y Constitución», *op. cit.*, p. 32, quien respecto de la penalización explícita recogida en el artículo 45.3, señala que se trata de una obligación relativa porque dicho precepto *faculta al legislador para elegir* entre la sanción penal o administrativa, pero *no necesariamente le obliga a imponer sanciones penales*, al contrario de lo que ocurre con el artículo 46 de la Constitución; en parecidos términos, manteniendo que la Constitución no instaura un mandato al legislador penal, sino que establece una alternativa para que el legislador elija entre las sanciones penales o administrativas, *vid.* MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Los delitos contra el medio ambiente en el Código penal español», *Actualidad Penal*, 1994, p. 1; también, en idéntico sentido a los autores anteriores, y expresamente en relación a la Constitución española, se expresa TIEDEMANN, K., «Marco e influencia constitucional», *op. cit.*, pp. 130-131; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, p. 19. Por el contrario, considerando que la protección penal del medio ambiente es un imperativo derivado de la Constitución, esto es, que *el legislador no puede optar por imponer sanciones penales o administrativas, sino que tiene la obligación de imponer sanciones penales y administrativas*, *vid.* CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio-ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho Penal», en Picó Lorenzo, C. (dir.), *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1997, p. 440; en similar sentido, *vid.* CARBONELL MATEU, J. C., «Reflexiones sobre el concepto de Derecho Penal», *op. cit.*, p. 369; también, CALVO CHARRO, M., *Sanciones medioambientales*, Madrid, 1999, pp. 50-51. Es posible apreciar una posición intermedia sobre la cuestión en Berdugo Gómez de la Torre, I., «El medio ambiente como bien jurídico», en Terradillos Basoco, J. (ed.), *El delito ecológico*, Madrid, 1992, pp. 47-48, quien considera correcto el mandato constitucional pero únicamente en atención a necesidades político-criminales.

(10) Tendencia tuitiva que también encuentra reflejo en otras Constituciones comparadas, si bien con diversos contenidos. Al respecto, y en mayor extensión, *vid.* CUESTA AGUADO, P. M. de la, «Algunas consideraciones acerca de la necesidad de protección del medio ambiente como bien jurídico», *Anales de la Universidad de Cádiz*, núm. XI, 1996, pp. 267 ss.; MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996, p. 21 y bibliografía allí citada. Específicamente en relación con las interpretaciones que realiza la doctrina italiana y la *Corte Costituzionale* para intentar entender que el medio ambiente, como tal bien jurídico independizado, se encuentra protegido por la Norma Fundamental italiana, por todos, *vid.* BERNARDI, A., *La tutela penale dell'ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie*, *op. cit.*, pp. 12 ss.

(11) Al respecto, constatando la tendencia generalizada de acudir al Derecho Penal en el ámbito comparado, en mayor extensión, *vid.* MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Tratamiento penal de*

como reflejo de los ingentes procesos de cambio y criminalización a que asistimos en el presente –y, seguramente, en el futuro– que, en no pocas ocasiones, cuestionan y ponen en duda la justificación del recurso al instrumento penal (12). No obstante, es preciso reconocer que, recientemente, esta última tendencia criminalizadora respecto al medio ambiente empieza a ser seriamente cuestionada por la doctrina, tanto en el ámbito comparado, como también en nuestro país, fundamentalmente por razones de efectividad, dado que al aumento de la represión penal no necesariamente sigue una mayor eficiencia en la protección del bien jurídico: antes al contrario, la relación entre esos dos factores tiende a invertirse (13); o, en otros casos, porque la forma

comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita, op. cit., pp. 24 ss.; también, del mismo autor, *vid.* «El papel del Derecho Penal para la correcta aplicación de la normativa ambiental comunitaria», en GARCÍA URETA, A. (ed.), *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, Oñati, 1998, pp. 258 ss.; al respecto, también, POLAINO NAVARRETE, M., «Aspectos político-criminales de los delitos contra el medio ambiente», en *Estudios Penales y Jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, 1996, pp. 625 ss., quien recoge las propuestas en materia de medio ambiente realizadas en el XV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Específicamente en relación a la tendencia tuitiva penal en Alemania, *vid.* HEINE, G., «El Derecho Penal ambiental alemán y español: un estudio comparado desde la perspectiva de la consideración de la futura convención europea sobre el Derecho Penal del medio ambiente», *Cuadernos de Política Criminal*, 1997, pp. 653 ss.; también, *vid.* TIEDEMANN, K., «El Derecho Penal alemán del ambiente: cuestiones dogmáticas novedosas», en Tiedemann, K., *Lecciones de Derecho Penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993, pp. 173 ss.

(12) En este mismo sentido, y en mayor extensión al respecto, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, *passim*; específicamente en relación con el medio ambiente, *vid.* pp. 98 ss.

(13) Así, sobre las posturas que cuestionan la protección penal del medio ambiente, provenientes en su mayoría de la denominada Escuela de Frankfurt que se caracteriza fundamentalmente por criticar la extensión del Derecho Penal a ámbitos distintos a los clásicos, *vid.* HERZOG, F., «Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo», *Revista Penal*, núm. 4, 1999, pp. 55 ss.; también, *vid.* MÜLLER-TUCKFELD, J. Ch., «Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente», en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, pp. 507 ss. No obstante, es importante advertir que esta dirección doctrinal no propone una absoluta descriminalización de las conductas atentatorias al medio ambiente, sino, en la mayoría de los casos, una derivación hacia el ámbito administrativo sancionador que contiene unas garantías y procedimientos menos rigurosos y exigentes que los que acompañan al Derecho Penal y, en consecuencia, la imposición de las sanciones sería mucho más rápida y eficaz. Con planteamientos en esencia similares a los de la Escuela de Frankfurt, en nuestro país, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit.*, pp. 108 ss.; también del mismo autor y en idéntico sentido, «¿Protección penal del medio

en que se lleva a cabo esa criminalización vulnera principios tan básicos como los de culpabilidad y proporcionalidad (14) o, como más concretamente veremos en este análisis, el de ofensividad o lesividad, sin olvidar, por supuesto, el de legalidad.

Quizás, en el marco del medio ambiente, la obligación constitucional explícita de penalización no es más que corolario de la concepción que mantiene nuestra Constitución respecto de ese bien jurídico. En efecto, si reparamos, el texto constitucional no concibe estrictamente el medio ambiente como un mero derecho subjetivo –o, si se quiere, como un mero principio rector de la política social y económica–, sino, también, y más específicamente, como un deber. Esta circunstancia, se desprende del tenor literal del artículo 45.3 de la Constitución cuando señala: «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo». Se trata, por tanto, de un deber dirigido, no sólo a los poderes públicos (15), sino, también, de la misma forma, a todos los ciudadanos en general. Esta circunstancia hace que ambos –poderes públicos y ciudadanos– se coloquen en una determinada situación que se traduce, en primer lugar, y por lo que al legislador y demás poderes públicos se refiere, en la obligación de proteger efectivamente ese bien jurídico; y, en segundo lugar, y respecto a todos los ciudadanos, en la exigencia de una conducta no atentatoria al medio ambiente que, en caso de incumplimiento, puede dar lugar a la imposición de una sanción, ya administrativa, ya penal, dependiendo de la gravedad y entidad del incumplimiento en la conservación del medio ambiente.

Pero, evidentemente, en relación con los ciudadanos, la concreción de ese deber genérico de conservación impuesto por la Constitución, y las consecuencias de su incumplimiento, precisan de la intervención del legislador, quien, por un lado, ha de especificar las concretas situaciones en que ese deber se considera incumplido y, por otro lado, las sanciones aplicables a esas conductas atentatorias al medio ambiente; en otros términos, ese deber constitucional abstracto de proteger el medio ambiente o de evitar su lesión no constituye en sí mismo una obligación directa y operativa frente al

ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal», *La Ley*, 1997, vol. 3.º, pp. 1714 ss.

(14) En mayor extensión sobre esta última cuestión, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 108 ss., especialmente pp. 110 y 112-113.

(15) Puesto que no olvidemos que el referido precepto se inscribe en el Capítulo dedicado a «los principios rectores de la política social y económica».

ciudadano si aquélla, a su vez, no encuentra reflejo y desarrollo legislativo (16) que, además, se sirva de la imposición de sanciones en caso de incumplimiento. En consecuencia, expresión de esa actividad legislativa de concreción, por lo que al ámbito penal se refiere —que es el que aquí fundamentalmente interesa—, lo son, por ejemplo, los artículos 325 ss. del nuevo Código penal de 1995: «los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» y «los delitos relativos a la flora y la fauna» (17)— y, también, aunque en menor medida, el artículo 2.1 f) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando que tipifica el comercio o tráfico de determinadas especies de flora o fauna; aunque, de este último precepto, a pesar de plantear también algunas dudas de cons-

(16) En este mismo sentido, señalando cómo ese deber constitucional no constituye en sí mismo una auténtica obligación directa, sino tan sólo a partir de su concreción por vía legislativa, *vid.* MANGLANO SADA, L., «Las sanciones administrativas en el medio natural y medio ambiente», en Picó Lorenzo, C. (dir.), *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1997, pp. 386-387. De no existir ese desarrollo legislativo, a mi entender, y como ya puse de relieve en otro ámbito, la única vía para conculcar prácticas atentatorias al medio ambiente sería la de la institución del abuso del derecho contenida en el artículo 7.2 del Código Civil; al respecto, y en mayor extensión, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Valencia, 1999, p. 133.

(17) De lo que, indudablemente, se puede deducir que *aquí se adopta un concepto de medio ambiente restringido*; esto es, atento única y exclusivamente a los aspectos ecológicos y biológicos del mismo, dejando, en consecuencia, fuera de él los ámbitos relativos al patrimonio histórico o al urbanismo y territorio, aunque se encuentren dentro del mismo Título del Código que aquellos otros. En efecto, en algunas ocasiones se suele identificar el medio ambiente con todos esos ámbitos, aunque *la tendencia mayoritaria identifica el bien jurídico medio ambiente única y exclusivamente con la protección de los recursos naturales*, incluidas la flora y la fauna. Al respecto, y en mayor extensión, *vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», *op. cit.*, pp. 46-47; CUESTA AGUADO, P. M., «Algunas consideraciones acerca de la necesidad de protección del medio ambiente como bien jurídico», *op. cit.*, pp. 275 ss.; LÓPEZ RAMÓN, F., «El Derecho ambiental como Derecho de la función pública de protección de los recursos naturales», en Valle Muñiz, J. M. (coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*, Pamplona, 1997, pp. 105 ss.; MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, *op. cit.*, pp. 46 ss.; ORTEGA MARTÍN, E., «Los delitos contra la flora y la fauna», en AA.VV., *Derecho Penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*, Granada, 1997, pp. 396 ss.; POLAINO NAVARRETE, M., «Aspectos político-criminales de los delitos contra el medio ambiente», *op. cit.*, pp. 626-627, quien recoge la delimitación restrictiva —en el sentido aquí propuesto— que respecto al bien jurídico medio ambiente como objeto de protección penal se realizó en el XV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal —celebrado en Río de Janeiro en 1994— que se encuentra atento exclusivamente a factores medioambientales *de carácter natural*.

titucionalidad (18), no es posible ocuparse por razones de espacio y porque, en realidad, excede de las cuestiones que se pretenden poner de relieve en el presente análisis.

De todos esos preceptos, los que ahora más nos interesan se circunscriben a una de las novedades más llamativas introducidas por el nuevo Código penal: los delitos relativos a la flora y la fauna que se encuentran tipificados en los artículos 332 y siguientes del Código penal de 1995.

La inclusión de estos delitos en el nuevo Código penal responde, fundamentalmente, a una demanda, tanto doctrinal (19), como jurisprudencial (20), fruto de diversas consideraciones ante las notables carencias de protección que en este ámbito mostraba el Ordenamiento penal. Así, por una parte, la insuficiencia demostrada por el antiguo artículo 347 bis –delito ecológico– que ofrecía unas posibilidades tuitivas de la flora y la fauna muy concretas, esto es, centradas única y exclusivamente en la protección de la vida natural cuando ésta pudiera

(18) Fundamentalmente centradas en la vulneración del principio *non bis in idem* dado que también el Código sanciona expresamente las conductas de tráfico o comercio de especies de flora y fauna amenazada en los artículos 332 y 334 del Código penal. En este sentido, nos encontramos con un problema muy similar al planteado por los delitos relativos al tráfico de drogas y la posibilidad de realizar un concurso ideal o, por el contrario, de normas entre los preceptos del Código y los de la Ley de Contrabando. Problema que tan sólo queda apuntado y al que podría ser posible aplicar algunos de los criterios establecidos por el Tribunal Supremo para resolver esa misma cuestión en los supuestos de tráfico de drogas.

(19) Al respecto, por todos, y en mayor extensión, *vid.* HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», en Terradillos Basoco, J. (ed.), *Derecho Penal del medio ambiente*, Madrid, 1997, p. 62.

(20) A este respecto es ya clásica la referencia que se suele hacer a una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 28 de octubre de 1988, que, en uso de la facultad conferida a los Jueces y Tribunales por el artículo 2 del antiguo Código penal (hoy artículo 4.2 del Código penal de 1995) para exponer al Gobierno la conveniencia de que determinados hechos, no contenidos en el Código, fueran objeto de tipificación expresa hizo notar la cuasi absoluta falta de protección penal de la fauna amenazada y/o en peligro de extinción (sobre la diferencia entre los conceptos de fauna amenazada y fauna en peligro de extinción, *cfr. infra*). Los hechos que se juzgaron en la sentencia se referían a la conducta de capturar dos crías de águila real y seis de halcón peregrino; conductas que no podían encontrar acomodo en el antiguo artículo 347 bis, ni tampoco en el antiguo artículo 507 (*cfr. seguidamente en el texto*), aunque sí en la Ley de caza de 1970 con una pena ínfima en relación a la gravedad del hecho, puesto que se trataba –y se trata– de especies amenazadas, e incluso, en serio peligro de extinción. En mayor extensión sobre los pronunciamientos realizados en esta sentencia, *vid.* HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», *op. cit.*, pp. 60-61; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Madrid, 1998, pp. 123-124; ORTEGA MARTÍN, E., «Los delitos contra la flora y la fauna», *op. cit.*, pp. 474-475.

verse amenazada como consecuencia de la realización de actividades contaminantes; dejando, por tanto, fuera del ámbito penal otra serie de conductas –no contaminantes– que, también, y de forma clara y palmaria, podían poner en serio peligro los recursos naturales y, más concretamente, los relativos a la flora y la fauna (21).

Por otra parte, la necesidad de protección penal de la flora y fauna derivaba, también, de las escasas –y en algunos supuestos, irrisorias– respuestas que ofrecía la vetusta legislación penal –fundamentalmente especial (22)– que, supuestamente, se encargaba de proteger la flora y la fauna cuando, en realidad, eran otros intereses, esencialmente económicos, los que, en muchos casos, subyacían a esa protección (23); así lo demostraba, por ejemplo, la existencia del artículo 507 del antiguo Código penal que tipificaba como delito de robo la conducta del que «entrare a cazar o pescar en heredad cerrada o campo vedado» que, lejos de denotar una clara preocupación por el medio ambiente, se centraba fundamentalmente en proteger los intereses económicos de quien disfrutaba de esa heredad o campo vedado (24).

(21) En este mismo sentido, *vid.* HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», *op. cit.*, p. 59.

(22) Así, por ejemplo, pueden verse las penas de multa de 5, 15 y 25 pesetas, que eran las que se contenían en la Ley de protección de pájaros insectívoros de 1896, norma en vigor hasta su derogación expresa por el Código penal de 1995.

(23) En efecto, como pone de relieve HAVA GARCÍA, por ejemplo, la legislación de caza estaba tradicionalmente dirigida a la protección de intereses económicos como la propiedad privada o la riqueza cinegética del país; finalidades que, cuando menos, ofrecían una tutela del medio ambiente –en su faceta de diversidad biológica– que contenía deficiencias insalvables. Así, *vid.* HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», *op. cit.*, p. 60; en idénticos términos, HAVA GARCÍA/MARQUÉS I BANQUÉ, «El delito de caza del artículo 335 del Código penal. Interpretación y aplicación a propósito de un caso real: el caso ceutí», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 2, 1999, p. 69; en parecidos términos, *vid.* ROLDÁN BARBERO, H., «Los delitos contra la fauna silvestre en el nuevo Código penal: la protección del lobo», *La Ley*, vol. I, 1998, p. 1966.

(24) Sin ánimo de exhaustividad, con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código en nuestro país, desde el punto de vista del Derecho Penal, se ocupaban de los temas relativos a la flora y la fauna –aunque quizás sería más conveniente decir que *sólo a la fauna*, porque la flora quedaba materialmente olvidada por los preceptos penales– la Ley de 19 de septiembre de 1896, para la protección de pájaros insectívoros; la Ley de 20 de febrero de 1942, de pesca fluvial –algunos de cuyos preceptos ya fueron declarados inconstitucionales mediante STC 53/1994, por configurar determinados ilícitos mediante un criterio puramente formal que se sustentaba en la comisión de cuatro infracciones administrativas, esto es, la conducta se convertía *per se* en delictiva por obra de la reincidencia en la infracción administrativa–; la Ley de 31 de diciembre de 1946, sobre pesca con explosivos; y la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza. Todas ellas derogadas en virtud de la Disposición Derogatoria del nuevo Código penal, a excepción de los delitos y faltas previstos en la Ley 1/1970,

Por último, no faltaban voces que apelaban a la introducción en el Código penal de esta clase de conductas con el objeto de coordinar la regulación de toda la materia penal relativa al medio ambiente (25) que, como ya se ha señalado, se encontraba dispersa en distintas normas penales especiales a cuyo estudio se prestaba poca o nula atención (26).

Evidentemente, todos esos factores de carencia o desprotección penal, o de protección muy rudimentaria de la flora y fauna, unidos a lo que se ha venido en llamar «nueva sensibilidad medioambiental» (27) y la necesidad de coordinar la dispersa normativa penal medioambiental, habían de desembocar en una necesaria y adecuada protección de la flora y fauna, esto es, de la diversidad biológica, que se plasma en los artículos 332 y siguientes del nuevo Código que, por esta sola circunstancia, puede ser calificado como un Código más ecológico que el anterior (28), al menos en apariencia porque, como

que, en virtud de esa misma Disposición Derogatoria, pasan ahora a considerarse como infracciones administrativas muy graves, con sanciones de multa de cincuenta mil a quinientas mil pesetas y retirada de la licencia de caza; multas administrativas que suelen ser notoriamente superiores a las que en la práctica, y tras la entrada en vigor del nuevo Código penal, son impuestas por los Tribunales penales. En mayor extensión sobre los antecedentes legislativos anteriores al Código penal de 1995, así como las propuestas de los proyectos y anteproyectos anteriores al mismo texto legal, por todos, *vid.* HAVA GARCÍA, E., *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, Madrid, 2000, pp. 229 ss.

(25) Así, *vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», *op. cit.*, p. 49.

(26) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *ibidem*.

(27) Así, *vid.* BOIX REIG/JAREÑO LEAL, «Artículos 332-337», en Vives Antón, T. S. *et alii: Comentarios al Código penal de 1995*, volumen II, Valencia, 1996, p. 1609; también, BOIX REIG, J., en Vives Antón, T. S. *et alii: Derecho Penal. Parte especial*, 3^a ed., Valencia, 1999, p. 649. Nueva sensibilidad medioambiental que, no obstante, es preciso reconocer, se viene extendiendo desde hace décadas, concretamente desde los inicios de la década de los años setenta (así, en este sentido, *vid.* TERRADILLOS BASOCO, J., «El ilícito ecológico. Sanción penal-sanción administrativa», en Terradillos Basoco, J. (ed.), *El delito ecológico*, Madrid, 1992, pp. 79 ss.; de idéntica opinión, PAUL, W., «Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico (Una intervención iusfilosófica en el sistema de la Organizada Irresponsabilidad)», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, pp. 112 y 122), como lo demuestra la existencia de diversos tipos de Convenios y Tratados Internacionales al respecto, así como numerosa normativa comunitaria en la materia. Ampliamente sobre estos últimos, *vid.* ORTEGA MARÍN, E., «Los delitos contra la flora y la fauna», *op. cit.*, pp. 411 ss. Asimismo, sobre la influencia del Derecho comunitario en la creación de esa nueva sensibilidad medioambiental, con ulteriores citas bibliográficas, *vid.* GIUNTA, F., «Il Diritto Penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, p. 1097.

(28) Empleando estos mismos calificativos, *vid.* ROLDÁN BARBERO, H., «Los delitos contra la fauna silvestre en el nuevo Código penal: la protección del lobo», *op. cit.*, p. 1670.

veremos, en muchos casos, y a pesar de esa apariencia, no hace otra cosa que rebajar las sanciones que previamente se encontraban tipificadas en el Orden Administrativo Sancionador, poniendo de relieve, como señala Gómez-Benítez, el desencuentro que en la actualidad constituye la principal seña de identidad de la realidad jurídica caracterizándola como un conjunto desordenado de normas entre las que no existe proporción ni correspondencia (29).

Sin embargo, y con independencia de este último tema, es necesario cuestionarse si el legislador de 1995 no se ha extralimitado o excedido a la hora de tipificar penalmente determinadas conductas; es decir, si aquél no ha incrementado desmesuradamente el nivel punitivo en este ámbito y ha pasado al extremo opuesto de excesiva protección o hiperprotección penal de la flora y fauna como consecuencia de la inercia en el cada vez más frecuente uso expansivo del Derecho Penal –o «huida hacia el Derecho Penal»– al que, de modo claro, estamos asistiendo en nuestros días (30); y ello, a pesar de que nuestro legislador de 1995, confesadamente, en la Exposición de Motivos del Código, señale que en el mismo «se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja». En este sentido, al observar algunos de los preceptos relativos a la flora y fauna, se puede decir que esa antinomia, a la hora de legislar, no se ha resuelto a favor del principio de intervención mínima pero, de otro lado, tampoco las necesidades de tutela han sido un factor determinante en el momento de tipificar determinadas conductas, cuya constitucionalidad resulta seriamente dudosa y respecto de las cuales puede observarse un claro exceso en el recurso al Ordenamiento penal. Precisamente, el presente análisis tiene como finalidad primordial poner de relieve esos excesos cometidos por el legislador de 1995 al tipificar algunas de las conductas –no todas– relativas a la protección de la flora y la fauna; esto es, analizar la legitimidad y los límites del *ius puniendi* en su tipificación. En definitiva, la legitimidad de esos tipos penales depende de su acomodo a lo que se ha venido en denominar como «programa penal de la Cons-

(29) GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid, 2001, pp. 19-20.

(30) Para una visión general de estos extremos, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, *passim*; QUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia penal en España*, Pamplona, 1998, pp. 34 ss.; también, al respecto, *vid.* los planteamientos de la denominada Escuela de Frankfurt, a la que antes me he referido, en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, *passim*.

titución» (31) al que, como veremos, algunos tipos relativos a la flora y fauna no se adecúan, al menos si se realiza una interpretación meramente formalista de los mismos que, por otra parte, suele ser la que comúnmente –salvo notorias excepciones– realizan los Tribunales penales (32) dando con ello cuenta del tantas veces denunciado, y por nadie deseado, divorcio entre la teoría y la práctica del Derecho Penal (33).

Se puede decir que los delitos relativos a la flora y la fauna, sin duda, son plasmación de esa nueva sensibilidad medioambiental a la que antes me he referido. En este sentido, encuentran *una aceptable justificación no exenta de algunos excesos que se enfrentan con los principios de legalidad, subsidiariedad, intervención mínima y fragmentariedad del Derecho Penal* (34) –principios estos últimos que

(31) Sobre éste, en mayor extensión, *vid.* ARROYO ZAPATERO, L., «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987, pp. 97 ss.; también, del mismo autor, *vid.* «Derecho Penal económico y Constitución», *Revista Penal*, núm. 1, 1997, pp. 1 ss.

(32) Como ya he puesto de relieve en anteriores ocasiones al hilo de los comentarios de algunas sentencias relativas a la flora y fauna. Así, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «El delito de caza y pesca ilegal (artículo 335 del Código penal): una interpretación restrictiva y acorde al bien jurídico tutelado», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 6, junio de 1999, pp. 77 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Los delitos contra la flora amenazada y la concurrencia de error de tipo excluyente de la infracción penal», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 13, enero de 2000, pp. 49 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Interpretación de la conducta de tráfico o comercio de especies de fauna amenazada. Reducción material del tipo del artículo 334 del Código penal», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 14, febrero de 2000, pp. 69 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Algunas notas sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal. Vía interpretativa para su adecuación constitucional», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 15, marzo de 2000, pp. 58 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal: Vulneración del principio de legalidad penal. Su interpretación restrictiva», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 17, mayo de 2000, pp. 58 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «La caza de gorriones y su incardinación dentro del Código penal. El nulo respeto por el principio de intervención mínima en la aplicación de los tipos penales. La urgencia de una declaración de inconstitucionalidad», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 18, junio de 2000, pp. 57 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Inexistencia de coincidencia entre el concepto administrativo y penal de “especies amenazadas”. Interpretación material del elemento típico “especies amenazadas”», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 23, noviembre de 2000, pp. 50 ss.

(33) A este último respecto, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, Madrid, 1984, pp. 27-28.

(34) En general, sobre la caracterización de estos principios, *vid.* PRITTWITZ, C., «El Derecho Penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio?», en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, pp. 427 ss.; concretamente en relación con el principio de intervención mínima, *vid.* PORTILLA

puede ser reconducidos al principio constitucional de proporcionalidad (35)–, así como, especialmente con el principio de ofensividad (36), dado que detrás de algunos tipos penales no existe ningún bien jurídico que proteger (37); o, al menos, ese bien jurídico –puramente formal y ficticio–, a mi juicio, no tiene una entidad suficiente como para merecer la protección del Ordenamiento penal porque su lesión o puesta en peligro a través de determinadas conductas no es lo suficientemente perjudicial para la sociedad como para constituir materia de prohibición penal (38) y mucho menos para que la Justicia penal ponga en marcha sus mecanismos.

Como veremos, en algunos casos aquel bien jurídico en realidad se concreta única y específicamente en reforzar la vigencia de normas administrativas que previamente han sido creadas por el legislador; esto es, en algunos casos no se trata más que de meros delitos formales de desobediencia a normas administrativas, sin que sea posible apreciar contenido alguno de injusto material en determinados supuestos.

Esta circunstancia, en mi opinión, se debe a la inercia de la técnica de tipificación empleada en estos concretos delitos que, por otro lado,

CONTRERAS, G., «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos», *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, pp. 723 ss.

(35) LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 159 ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia 1996, pp. 75 ss. Al respecto, también, cfr. *infra*.

(36) En general, en relación con este último principio, *vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *Poder Judicial*, núm. 28, 1992, pp. 7 ss., especialmente pp. 21-22, quien, a mi modo de entender, de forma certera, concibe que se respeta ese principio cuando existe como mínimo un peligro *ex ante* o peligro intersubjetivo para el bien jurídico; de idéntica opinión, MAQUEDA ABREU, M.ª L., «La idea de peligro en el moderno Derecho Penal», *Actualidad Penal*, 1994, p. 487. Por el contrario, entendiendo de una manera mucho más restrictiva el principio de ofensividad y exigiendo para entender respetado este principio la presencia, al menos, de un peligro real para el bien jurídico, *vid.* MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, pp. 36, 101 ss. y 153. Con independencia de cuál sea la opinión que respecto a este principio se tenga, lo cierto es que en el caso de algunos delitos relativos a flora y fauna el mismo no es respetado y no ya en su acepción más restringida como peligro real para el medio ambiente, sino tampoco en su acepción más amplia como peligro intersubjetivo para el bien jurídico medio ambiente.

(37) Como veremos, se trata de supuestos en los que, como señala GÓMEZ BENÍTEZ, «sólo mediante una buena dosis de retórica y ficción puede hallarse en ellos un bien jurídico protegido que merezca el calificativo de tal». Así, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 166.

(38) Así, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, *ibidem*.

planea a lo largo y ancho de todo el Código penal de 1995 (39). En otros términos, el legislador penal de 1995 no supo –o no quiso– «parar» a la hora de trasladar al ámbito penal conductas que ya, de modo idéntico, se encontraban tipificadas en el ámbito administrativo sancionador (40). Nótese que *todas las conductas tipificadas en los artículos 332 y siguientes no son más que la traslación al ámbito penal de infracciones idénticas recogidas en ese Derecho «de segunda división»* (41) *que es el Derecho administrativo sancionador* (42). Evidentemente algunas de esas conductas tenían, y tienen, un claro contenido de injusto material y una entidad y lesividad suficientes como para pasar a ser contempladas en su articulado por el nuevo Código penal –así, por ejemplo, la conducta de captura de especies en peligro de extinción, recogida en el artículo 334.2 del Código–. Sin embargo, de otras no se puede decir lo mismo porque carecen de un sustrato material y de un contenido de lesividad suficiente que permita incorporarlas al ámbito penal mereciendo la intervención de esta rama del Ordenamiento.

Por ello, como se verá, no resultará extraño que aquí se predique la inconstitucionalidad de determinados tipos –e incluso se inste una declaración de tal clase– o, cuando menos, se propugnen interpretaciones materiales y sumamente restrictivas en la interpretación y aplicación de ciertos tipos. Estas interpretaciones, como veremos, conllevarán una derogación tácita de algunos de ellos; consecuencia esta que, por otra parte, no deja de ser en esencia idéntica a la de una declaración de inconstitucionalidad expresa.

Vistas así las cosas, parece conveniente centrarse ya en el análisis de algunos tipos concretos que, en todo o en parte, a mi juicio, no se adaptan a las exigencias que ha de cumplir un Derecho Penal inscrito

(39) En efecto, en éste, como ha señalado expresamente el Consejo General del Poder Judicial, se aprecia «un cierto maximalismo penal, materializado en la pretensión de incluir en el mismo un excesivo número de conductas típicas», añadiendo que «viene a comprender ámbitos que no deberían estar necesariamente incardinados en el ordenamiento penal». Así, *vid. Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 12 de julio de 1999, sobre la aplicación del nuevo Código penal*, ejemplar mecanografiado, p. 8.

(40) Lo que no solamente ha ocurrido en este ámbito, sino también en otros como el del Derecho Penal de los negocios. Al respecto, *vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos, op. cit., pp. 23 y 29 ss.*

(41) Empleando esta misma terminología, *vid. ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», op. cit., p. 1.*

(42) No obstante, crítico con ese entendimiento secundario o accesorio del Derecho Administrativo Sancionador, *vid. NIETO, A., Derecho Administrativo Sancionador, 2.ª ed. ampliada, Madrid, 1994, p. 23.*

en el seno de un Estado social y democrático de Derecho. Adelantando algunas conclusiones, es necesario señalar que ello ocurre, en primer lugar, respecto a determinadas interpretaciones del concepto de «especies amenazadas» recogido en los artículos 332 y 334.1 del Código penal y, en segundo lugar, respecto al artículo 335. En todos esos supuestos, como veremos, existe un nulo respeto por el principio de lesividad ante la ausencia de injusto material que derive del tipo, así como, también, un nulo respeto por el principio de proporcionalidad constitucional. Si bien, a efectos expositivos, se distinguirá entre los primeros y el artículo 335, dado que este último precepto plantea aún muchas más dudas de adecuación constitucional que aquellos otros porque con su inclusión en el Código no sólo se vulneran los principios de lesividad y proporcionalidad, sino también el de legalidad penal.

II. BIEN JURÍDICO Y NULO RESPETO POR EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD O LESIVIDAD: EL EFECTO EXCLUSIVAMENTE SIMBÓLICO DEL DERECHO PENAL

1. Bien jurídico y función simbólica de los tipos penales

En primer lugar, es posible plantear la adecuación constitucional de algunos de los delitos relativos a la flora y fauna desde el punto de vista del bien jurídico protegido porque la legitimidad de la intervención penal en este terreno dependerá en buena medida de la posición que se adopte ante la teoría del bien jurídico. En este sentido, como se sabe, desde la inicial formulación de la teoría del bien jurídico (43) uno de los requisitos para predicar la legitimidad de un tipo penal –o, si se quiere, para predicar su adecuación constitucional– es que el

(43) Realizada por Birnbaum con una nítida finalidad: la de constituir un límite al *ius puniendi*, un límite al legislador penal a la hora de tipificar delitos intentando conculcar la arbitrariedad del poder estatal a la hora de describir y tipificar las conductas penales. Otra cosa es que, con la inicial configuración que del concepto de bien jurídico hizo su precursor, aquella función limitativa del legislador efectivamente no se consiguiese, como –a mi juicio, acertadamente– señalan Gómez Benítez y Mir Puig. Así, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Apuntes de Cátedra sobre la Introducción al Derecho Penal», inédito, pp. 26-27; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*, Barcelona, 1976, p. 128. *In extenso* acerca de la inicial concepción de Birnbaum, *vid.* HORMAZÁBAL MALAREE, H., *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, 1991, pp. 26 ss.

mismo se dirija a tutelar algún bien jurídico (44) y, consecuentemente, también, que en su aplicación haya de verificarse la vulneración o, cuando menos, puesta en peligro –concreto o abstracto– de ese bien jurídico tras llevarse a cabo la conducta descrita en el tipo –es lo que se denomina principio de lesividad u ofensividad–, aunque, como señala Gómez Benítez, este principio no siempre es fácil de constatar en todos y cada uno de los tipos penales (45).

No obstante, y partiendo de la base de que es posible esa constatación aunque sólo sea nominal (46), es preciso señalar que no todos los bienes jurídicos han de merecer atención por el Ordenamiento penal. Así, sólo resultará adecuado a la Constitución aquel tipo penal que se dirija a tutelar bienes esenciales del ciudadano o de la comunidad –éste es el caso de los denominados bienes jurídicos supraindividuales, generales o colectivos (47)– y, como forma de control social que es –la más vigorosa que existe–, a neutralizar conductas socialmente inaceptables y perturbadoras para esos bienes, esto es, que los lesionen o los pongan en peligro de forma grave.

En este sentido, es evidente que los delitos relativos a la flora y la fauna se dirigen a proteger un bien jurídico supraindividual (48) –el medio ambiente, aunque al respecto no existe acuerdo doctri-

(44) Así, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, pp. 166-167; también, del mismo autor, *vid.* «Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal)», *op. cit., passim*; también, al respecto, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 286 ss.

(45) Así, críticamente, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 166. En parecidos términos, y también críticamente, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit.*, p. 91, quien, además, señala cómo una vez creada una norma penal cuesta poco definir cuál es el bien jurídico protegido por la misma, poniendo como ejemplo la expeditiva labor de la doctrina española para encontrar los bienes jurídicos protegidos en los nuevos tipos del Código penal de 1995.

(46) Esto es, como señala Gómez Benítez, vamos a dar por cierto que todo tipo penal protege un bien jurídico, así, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 167.

(47) En mayor extensión sobre la terminología a emplear respecto a los bienes jurídicos no estrictamente individuales, *vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico. Parte general*, Valencia, 1998, pp. 93 ss.

(48) Sobre las características de estos bienes jurídicos, en mayor extensión, *vid.* MATA Y MARTÍN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico)*, Granada, 1997, pp. 22 ss.

nal (49)– y, desde este punto de vista, al contrario de lo que hasta ahora se ha dicho, podría parecer que ninguno de los tipos merece objeción. Así, los mismos protegerían un interés social relevante sobre el que, además, en la actualidad (50) existe consenso acerca de su importancia para la comunidad (51), así como, también, acuerdo en relación con la necesidad de protección penal del mismo o, cuando menos, acuerdo en relación con la protección penal respecto a los ataques más graves.

Visto así, la intervención del legislador en este ámbito no presentaría particulares problemas de legitimación desde el punto de vista del bien jurídico; en otros términos: los delitos relativos a la flora y fauna protegerían el medio ambiente y éste tiene la suficiente entidad e importancia para la comunidad como para que el Ordenamiento penal se ocupe de él. Sin embargo, si esto es cierto, también es posible realizar algunas matizaciones para analizar y comprender cómo algunos de los tipos penales que aquí nos ocupan, no se encuentran atentos al principio de lesividad u ofensividad porque muchas de las conductas que formalmente cabe inscribir en los mismos, en realidad, ni lesionan ni ponen en peligro –aunque sea de modo abstracto– el bien jurídico medio ambiente. Y ello, aun cuando la lesión o puesta en peligro del bien jurídico resulta ser imprescindible para la aplicación de cualquier tipo penal (52).

(49) A este respecto, en los delitos relativos a la flora y fauna, las discrepancias doctrinales no versan tanto sobre cuál es el bien jurídico protegido –ya el medio ambiente, ya el equilibrio de los sistemas naturales, ya la biodiversidad–, sino, sobre todo, en lo relativo a la forma de configurar ese bien jurídico en relación con estos concretos delitos que, a mi modo de entender, no es otro que el medio ambiente en su faceta de diversidad biológica. Para una amplia visión de la discusión doctrinal, por todos, vid. HAVA GARCÍA, E., *Protección jurídica de la fauna y la flora en España*, op. cit., pp. 263 ss.

(50) Puesto que el concepto de bien jurídico penalmente protegible es un concepto histórico, esto es, varía dependiendo del espacio y tiempo en que nos encontremos.

(51) No obstante, y como señala Silva Sánchez, la constatación de la importancia social de una determinada realidad no conlleva automáticamente que se recurra al Derecho Penal para incriminar las conductas dirigidas contra ella. Así, SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, op. cit., p. 289.

(52) Así, vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, op. cit., p. 167; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte general I*, Madrid, 1996, p. 302. En mi opinión, y como luego después veremos, no cabe ni siquiera decir que exista una lesión o puesta en peligro mínima, y por tanto, por su escasa gravedad no merecedora de incriminación o tipificación penal en virtud del principio de fragmentariedad, sino que ni siquiera existe esa lesión o puesta en peligro mínima del bien jurídico medio ambiente.

Esta cuestión, evidentemente, por ser obvia, no tendría mayor importancia si los Tribunales realizasen interpretaciones atentas al principio de lesividad u ofensividad, pero la realidad demuestra otra cosa muy distinta porque ya existen numerosas condenas en aplicación de esos tipos, reitero, sin que con las conductas llevadas a cabo por los acusados quepa constatar una lesión o puesta en peligro, siquiera abstracta, del bien jurídico.

En realidad, como podremos comprobar, se trata de tipos que, en su inmensa mayoría, carecen de un contenido de injusto material, *resultando más ficticia que efectiva la presencia de un bien jurídico que proteger* (53) y, por tanto, también ficticio el respeto por el principio de ofensividad o lesividad. En definitiva, algunos de ellos no se configuran más que como puros delitos formales de desobediencia a las normas administrativas que regulan este ámbito (54), dado que, en determinados casos, es muy difícil encontrar tras su aplicación no sólo la lesión del bien jurídico protegido —el medio ambiente—, sino tampoco apreciar una puesta en peligro —concreto o siquiera abstracto— del mismo (55). En definitiva, es muy difícil apreciar que los

(53) Como, por otra parte, a menudo suele suceder. Así, constatando la existencia de bastantes tipos penales en los que es más ficticia que real la presencia de un bien jurídico, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, pp. 166-167.

(54) En este mismo sentido, *vid.* CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio-ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho Penal», *op. cit.*, p. 442.

(55) A este respecto, no conviene olvidar que no nos encontramos ante delitos de lesión, sino ante delitos de peligro, en su gran mayoría, abstracto. En efecto, como señala HAVA GARCÍA, E., *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, *op. cit.*, pp. 263 ss., es casi imposible imaginar que el ataque a un animal o una planta implique una lesión del medio ambiente, ya entendamos éste como diversidad biológica o como equilibrio de los sistemas naturales; y, en el mismo sentido, también es difícil imaginar que la muerte o captura de un animal o el corte de una planta llegue a producir un riesgo grave —entendido en el sentido de peligro concreto— para el equilibrio de esos sistemas naturales o de la biodiversidad. En consecuencia, han de ser calificados como delitos de peligro abstracto para cuya consumación se requiere probar que efectivamente la conducta realizada ha puesto en peligro abstracto el bien jurídico y, como se verá, no todas las conductas que formalmente cabe inscribir en los mismos crean ese peligro (no obstante, distinguiendo entre tipos que exigen la presencia de un peligro concreto y otros que exigen un peligro abstracto, *vid.* HAVA GARCÍA, *op. ult. cit.*, pp. 288 ss.). Pero, a este respecto, es necesario realizar algunas precisiones. Así, es necesario distinguir entre que estos tipos exijan la producción de un concreto resultado naturalístico para su consumación —por ejemplo, la caza de un animal—, resultado que recae sobre el objeto de la acción —el animal o la planta— y lo que es la puesta en peligro del bien jurídico. La producción de un resultado naturalístico de los descritos en el tipo no implica que se ponga en peligro el bien jurídico protegido (el medio

mismos cumplan con las más mínimas exigencias derivadas del principio de lesividad u ofensividad. En este sentido, se puede decir que algunos de los tipos no están destinados a tutelar un auténtico bien jurídico sino «a reforzar la vigencia de normas que él (el legislador) previamente ha creado» (56); esto es, a conculcar la desobediencia a esas normas o, si se quiere, a «magnificar tal desobediencia» al incorporar esas conductas al Derecho Penal (57).

De esta forma, algunos tipos, más que por una función de protección de bienes jurídicos se caracterizan, simple y llanamente, por desempeñar una mera y exclusiva función simbólica (58); esto es, por producir en la opinión pública —o en ciertos grupos concienciados con el problema medioambiental— una impresión tranquilizadora respecto a que el bien jurídico medio ambiente —en su faceta de diversidad biológica— se encuentra efectivamente protegido y, por tanto, que el legislador de 1995 fue un legislador atento y decidido por la protección de

ambiente o la diversidad biológica). Y, precisamente, a esa distinción es a la que se dirige el presente análisis porque la práctica de los Tribunales demuestra que cuando existe una lesión del objeto de la acción, *iuris et de iure*, se presume que acaece la puesta en peligro del bien jurídico.

(56) Así, realizando estos pronunciamientos respecto al Derecho Penal socio-económico, aunque, en mi opinión, son perfectamente trasladables a algunos de los delitos que aquí nos ocupan, *vid.* ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», *op. cit.*, p. 3.

(57) Así, *vid.* MÜLLER-TUCKFELD, J. Ch., «Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente», *op. cit.*, p. 523.

(58) En general sobre la función simbólica del Derecho Penal, entre otros, *vid.* BARATTA, A., «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991; HASSEMER, W., «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, pp. 23 ss.; MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», en AA.VV., *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. 2.º, Valencia, 1998, pp. 531 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal y control social*, Jerez, 1985, pp. 45 ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, pp. 9 ss.; SANTANA VEGA, D. M., «Funciones del Derecho Penal y bienes jurídicos-penales colectivos», *Actualidad Penal*, núm. 9, 2001, pp. 1 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 304 ss.; del mismo autor, *vid.* también *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, pp. 19 ss. En particular sobre la función simbólica de las normas medioambientales, BUSTOS RAMÍREZ, J., «Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, pp. 101 ss.; HORMAZÁBAL MALAREE, H., «Delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal», en Terradillos Basoco, J. (ed.), *El delito ecológico*, Madrid, 1992, pp. 51 ss.; Paul, W., «Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico (Una intervención iusfilosófica en el sistema de la Organizada Irresponsabilidad)», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.

la flora y fauna silvestres (59); o, al menos, así lo plasmó formalmente en el Código dando de forma patente una imagen positiva de sí mismo frente a la opinión pública (60) y obteniendo, con ello, un enorme beneficio político (61).

Pero hay que señalar que, quizás, el legislador de 1995 fue tan decidido y estuvo tan atento a la protección del medio ambiente que se extralimitó en sus atribuciones llevando la incriminación hasta extremos inconcebibles. Así, tras el análisis de los tipos objeto del presente estudio, da la impresión de que aquél intentó y consiguió dar una total y superlativa respuesta penal a las demandas de protección de la flora y fauna; y, si se me permite la licencia, por esta circunstancia puede ser calificado como excesivamente intervencionista, cuando no, como *activista o fundamentalista*, al emplear el Derecho Penal con unas finalidades distintas a las que le corresponden —esto es, la protección de bienes jurídicos respecto a los ataques más graves—. Con ello, a mi juicio, ha provocado, como concretamente veremos cuando analicemos algunos tipos, una impresión distinta a la que realmente existe porque si pretendía proteger el medio ambiente, lo cierto es que algunos tipos, en realidad, no protegen ese bien jurídico —por-

(59) En este mismo sentido, de forma general, en referencia a la función simbólica del Derecho Penal, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 305; del mismo autor y en relación con la misma cuestión, *vid.* *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 19 ss. También, ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», *op. cit.*, p. 4, quien lo caracteriza como aquel que tiene la «pretensión de tranquilizar las conciencias de políticos y electores».

(60) Otra cosa es que, naturalmente, esa imagen sea efectivamente verdadera porque, como luego se verá, la incorporación al Código de esta clase de conductas, en muchos casos, ha supuesto una rebaja de las sanciones porque esa serie de conductas, además de encontrarse también previstas en las normas sancionadoras administrativas, éstas prevén sanciones pecuniarias superiores a las que se prevén en el orden penal.

(61) Sobre la instrumentalización política o electoralista del Derecho Penal que generalmente tiende a ser criticada por la doctrina, entre otros, *vid.* ALBRECHT, P. A., «El Derecho Penal en la intervención de la política populista», en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, pp. 471 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo», en *II Jornadas de Derecho Penal*, Colegio Universitario de Toledo, Toledo, 1984, pp. 46-47 y 52; HASSEMER, W., «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *op. cit.*, pp. 24 y 35; PAUL, W., «Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico», *op. cit.*, p. 122; QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, Pamplona, 1999, pp. 201 y 251; del mismo autor y en idéntico sentido, también, *vid.* *La Justicia Penal en España*, Pamplona, 1998, pp. 34 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 19 ss.

que cabe su aplicación aun cuando no existe una puesta en peligro abstracta del mismo— y tan sólo desempeñan una exclusiva función simbólica.

Evidentemente, es posible señalar que, junto a la de la protección de bienes jurídicos, la función simbólica es inherente y consustancial a todo el sistema penal, y hasta incluso se podría decir que deseable (62); esto es, todas las normas penales tienen efectos simbólicos y no por ello dejan de ser legítimas *siempre y cuando vayan acompañadas de efectos tuitivos de algún bien jurídico*.

El Derecho Penal siempre se sirve de esa función simbólica adicional y secundaria para la consecución de sus fines transmitiendo a la sociedad ciertos mensajes de contenido valorativo que incidirían en la conciencia social (63) previniendo comportamientos lesivos de los bienes jurídicos al ser interiorizados por los ciudadanos (64) y, en este sentido, se puede decir, reitero, que la función simbólica que cumplen las normas penales resulta ciertamente deseable. *El problema aparece cuando se abusa de esa función simbólica* y la misma pasa de tener en los tipos un carácter secundario —y adicional al de la función de protección de bienes jurídicos que debe ser la primordial— a tener un carácter preeminente y, si se quiere, único y exclusivo en la función a desempeñar por el tipo y por la intervención penal que, además, se pretende legitimar de un modo un tanto subrepticio o, si se quiere,

(62) Sin embargo, críticamente al respecto, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 302, quien considera que esta función, al pretender actuar sobre la esfera interna del sujeto e incidir e influir en su propia estructura de valores tratando de sustituirlos, no resulta deseable. No obstante, considerando que «los elementos “simbólicos” no son inadmisibles de modo general», *vid.* ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 59, núm. 22, quien, además, añade que todo dependerá «de hasta qué punto se sigue garantizando suficientemente la referencia al bien jurídico».

(63) Al respecto, en mayor extensión, *vid.* HASSEMER, W., «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *op. cit.*, *passim.*; ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 59, núm. 22; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 304 ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», *op. cit.*, p. 10.

(64) Naturalmente, otra cosa es que los ciudadanos realmente interioricen esos mensajes suministrados por el legislador penal, esto es, que lleguen a concienciarse de que, por ejemplo, la caza de simples y meros gorriones pueda ser constitutiva de delito y, lo que es más importante, que el Derecho Penal deba ocuparse de estas cuestiones imponiendo, además, penas inferiores a las que cabe imponer conforme al Derecho Administrativo sancionador. No es posible olvidar, como señala Hormazábal Malaree, que en muchos casos estas conductas, por mucho que se encuentren expresamente tipificadas, no son percibidas por la estructura social como comportamientos criminales. HORMAZÁBAL MALAREE, H., «Delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal», *op. cit.*, pp. 60 ss.

enmascarar a través de la alusión a la protección de un determinado bien jurídico que, en realidad, no resulta ser tal o, lo que es lo mismo, una alusión meramente formal (65). Se podría decir que se produce entonces un cierto «engaño» para los ciudadanos por parte del legislador (66) que, en realidad, no pretende dirigir sus conductas para evitar la lesión de bienes jurídicos, sino simplemente determinar las actitudes generales de la sociedad para lograr la consecución de otros *finés promocionales o pedagógicos de los cuales, ni puede, ni debe ocuparse legítimamente el Derecho Penal* (67) o para que el Estado se reafirme en sus valores (68). Ello ocurre entre otras circunstancias cuando, como en los supuestos que aquí nos ocupan, no existe una necesidad de prevención jurídico-penal y, en consecuencia, el control social no se puede ni debe articular a través del Ordenamiento penal; aquellos fines simbólicos, promocionales o pedagógicos exclusivos, en el concreto supuesto de algunos de los delitos relativos a la flora y fauna, se centrarían en la promoción de la salvaguarda y conservación del medio ambiente o, si se quiere, en reforzar el consenso social en relación con la conservación de aquél a través de la amenaza de pena

(65) Al respecto, en mayor extensión, *vid.* BUSTOS RAMÍREZ, J., «Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», *op. cit.*, pp. 102 y 107; HASSEMER, W., «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *op. cit.*, p. 30; TERRADILLOS BASOCO, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», *op. cit.*, pp. 12 ss. y 18 ss.

(66) Suele ser muy común en la doctrina asociar el Derecho Penal simbólico con el de engaño a los ciudadanos. Así, realizando esa asociación, entre otros, *vid.* BARATTA, A., «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica», *op. cit.*, p. 54; CUERDA ARNAU, M.^a L., «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. 1.º, Valencia, 1997, pp. 449-450; HASSEMER, W., «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *op. cit.*, p. 28 y *passim*; HORMAZÁBAL MALAREE, H., «Delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal», *op. cit.*, p. 53; MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», *op. cit.*, p. 531; PAUL, W., «Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico (Una intervención iusfilosófica en el sistema de la Organizada Irresponsabilidad)», *op. cit.*, pp. 113 y 117; SANTANA VEGA, D. M., «Funciones del Derecho Penal y bienes jurídicos-penales colectivos», *Actualidad Penal*, núm. 9, 2001, pp. 1 ss.; SANTANA VEGA, D. M., «Funciones del Derecho Penal y bienes jurídicos-penales colectivos», *Actualidad Penal*, núm. 9, 2001, pp. 1 ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», *op. cit.*, p. 12.

(67) En este mismo sentido crítico, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 45 ss. y 92 ss.; MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», *op. cit.*, p. 532.

(68) En este último sentido, *vid.* HORMAZÁBAL MALAREE, H., «Delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal», *op. cit.*, p. 61.

que, en algunos supuestos, hasta incluso puede ser privativa de libertad (69); fines exclusivos de promoción o pedagogía que, sin dejar de ser legítimos y deseables, en mi opinión, no corresponden al Derecho Penal (70), sino a otras ramas del Ordenamiento (71); más específicamente, al Derecho Administrativo que es el que, a mi juicio, debe ejercer funciones de control social a través de políticas de concienciación, integración y ordenación del ciudadano con el medio ambiente que, en caso de no ser respetadas, pueden dar lugar a la aplicación de sanciones *que no tienen por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad dado que las mismas son el refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración* (72). Precisamente, esa clase de sanciones, en las que hay una total ausencia de lesividad o peligrosidad, han sido trasladadas ahora a algunos de los tipos contenidos en los artículos 332 y siguientes del Código penal (73), sin que, como señala Silva Sánchez,

(69) Así, por ejemplo, en los supuestos de los artículos 332, 333, 334 y 336, aunque en todos los supuestos –salvo el último inciso del artículo 336– se prevé la imposición alternativa de la pena de multa.

(70) Y mucho menos si, como sería deseable, éste fuese un Derecho Penal mínimo como, de forma reiterada, viene propugnando de la doctrina penalista desde hace tiempo, aunque, como señala Quintero Olivares, «ha resultado ser siempre un esfuerzo baldío» porque la práctica legislativa denota una clara tendencia contraria al Derecho Penal mínimo, QUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia Penal en España*, op. cit., pp. 34-35; del mismo autor, y en parecidos términos, vid. *Locos y culpables*, Pamplona, 1999, pp. 24. Tendencia legislativa que es preocupante, no sólo por su puesta en práctica, sino, también, porque ya empieza a tener una cobertura ideológica de la que antes carecía otorgada por quienes hasta ese momento se mostraban partidarios de la criminología crítica y el abolicionismo del Derecho Penal; a este último respecto, en mayor extensión, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., pp. 18, 48-49 y 52-53; también, aunque no de modo tan expreso, poniendo de relieve cómo la dogmática penal está dando cobertura ideológica a esa «huida hacia el Derecho Penal», vid. VIVES ANTÓN, T. S., «Principios penales y dogmática penal», en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general)*, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 68 ss.

(71) Aunque, como señala Silva Sánchez, se recurre al Derecho Penal por el descrédito que sufren otras instancias de protección como, por ejemplo, la administrativa. Así, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, op. cit., pp. 44 ss. Sin embargo, el Derecho Penal no resulta ser la panacea para la solución de esos problemas; en este último sentido, vid., también, MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», op. cit., pp. 530-531.

(72) En este mismo sentido, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, op. cit., pp. 102-103.

(73) Críticamente, sobre la falta de imaginación del legislador de 1995 en la tipificación de los comportamientos prohibidos penalmente, siguiendo a De la Cuesta

nos encontremos ante un hecho aislado dado que se trata de una característica muy común del Derecho Penal de las sociedades postindustriales en las que se está produciendo un proceso de «administrativización» del Derecho Penal; esto es, el traslado de infracciones propias del Derecho Administrativo al ámbito penal asumiendo este último el modo de razonar de aquel otro y convirtiéndose, en definitiva, en un Derecho (penal) de gestión (74) y, yo añadiría, olvidando su verdadera función de protección de bienes jurídicos.

Sin embargo, recurrir al Derecho Penal para concienciar al ciudadano de la importancia de salvaguardar la flora y la fauna —como señala Silva Sánchez, «situar al Derecho Penal en la vanguardia de la “gestión” del problema ecológico» (75)— me parece sumamente discutible y disfuncional (76) cuando, como en los supuestos que vamos a analizar, ello se lleva a cabo a través de la tipificación de conductas que realmente no resultan ser una amenaza para esa salvaguarda o para la supervivencia de determinadas especies y, por ende, tampoco para el medio ambiente (77). Un Derecho Penal guiado por una función exclusivamente simbólica, promocional y como refuerzo de la labor gestora de la Administración —con total ausencia de función protectora de algún bien jurídico— hace que sus disposiciones sean ilegítimas y hayan de ser desterradas del Orde-

Arzamendi, *vid.* HAVA GARCÍA, E., *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, *op. cit.*, p. 273.

(74) Así, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 97 ss., especialmente p. 106.

(75) Así, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, p. 99.

(76) SILVA SÁNCHEZ, de un modo mucho más tajante lo califica, además de disfuncional, de «temerario». Así, *vid. ibidem*, pp. 93 y 99. En idéntico sentido, Muñoz Conde señala que se está pervirtiendo la función del Derecho Penal, MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», *op. cit.*, p. 530.

(77) Así, como señala Silva Sánchez, específicamente en relación con la tipificación de conductas contra el medio ambiente, el objeto de protección no es tanto el medio ambiente en sí —entendido como condición necesaria para el desarrollo de la vida humana de las actuales y futuras generaciones— sino éste como «contexto» genérico; es decir, lo protegido es el «contexto» dado que la protección del medio ambiente es la *ratio legis*, pero su lesión no se encuentra sujeta a una comprobación a la hora de aplicar el tipo. Así, basta con superar unos *estándares* mínimos establecidos por las normas administrativas para incurrir en la conducta punible. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 99-100. Esto, específicamente en relación con la flora y fauna, lo podremos comprobar cuando analicemos, por ejemplo, el elemento típico «especies amenazadas» (artículos 332 y 334) y las especies cuya caza o pesca pueden dar lugar a la aplicación del artículo 335 del Código penal.

namiento (78) o, cuando menos, que sea necesario *realizar interpretaciones típicas sumamente restrictivas* (79) que limiten la aplicación de los tipos penales a aquellas conductas que verdaderamente lesionen o pongan en peligro el bien jurídico que, según se dice, se intenta proteger; este último es el verdadero objetivo fundamentador de la intervención penal y la función simbólica un mero efecto «secundario» legítimo si va acompañado de aquel otro objetivo. Pero, como veremos, esas interpretaciones restrictivas y atentadas al bien jurídico que se dice protegido, en algún caso, nos llevarán a propugnar, como mínimo, una derogación tácita, cuando no, una declaración de inconstitucionalidad.

No obstante, en relación con algunos de los delitos contra la flora y la fauna, *no se piense que por el mero hecho de ser tipos con una función meramente simbólica* —como aquí se sostiene— *son inaplicados o se aplican tibiamente por los Tribunales* —porque a la larga esto es lo que suele ocurrir con los tipos meramente simbólicos (80): los

(78) Así, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 306; del mismo autor, *vid.* también, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 102 ss. En parecidos términos, ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», *op. cit.*, p. 4.

(79) Entre otras circunstancias, porque una de las características propias del Derecho Penal con una función exclusivamente simbólica es la de la merma de garantías clásicas como la concreción y taxatividad en la redacción del tipo. En este sentido, la ley penal habría dejado de ser, como decía von Liszt, la *Magna Charta* del delincuente (en mayor extensión sobre esta concepción, *vid.* ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, traducción y notas de D. M. Luzón Peña, Madrid, 1976, pp. 37 ss.; también, VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, p. 488), dado que las garantías que le ofrece pasan a ser muy reducidas. A este respecto, como críticamente señala Silva Sánchez, el mandato de determinación se abandonaría en aras de las exigencias de practicabilidad y efectividad en la aplicación de los tipos; en mayor extensión sobre este aspecto, por todos, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, p. 86.

(80) Identificando los tipos meramente simbólicos con ineficacia o nula aplicación por los Tribunales, entre otros, *vid.* ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», *op. cit.*, p. 4; BUSTOS RAMÍREZ, J., «Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», *op. cit.*, pp. 105-106; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo», *op. cit.*, p. 46; HASSEMER, W., «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *op. cit.*, pp. 30-31 y 35; del mismo autor «El destino de los derechos del ciudadano en el Derecho Penal “eficiente”», *op. cit.*, p. 60; HORMAZÁBAL MALAREE, H., «Delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal», *op. cit.*, p. 60; MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», *op. cit.*, pp. 530-531; PAUL, W., «Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico (Una intervención iusfilosófica en el sistema de la Organizada Irresponsabilidad)», *op. cit.*,

Tribunales suelen mostrarse reticentes a su aplicación por tratarse, como mucho, de supuestos que cabe encuadrar dentro de los denominados delitos *de bagatela*—, sino que, como veremos, si el legislador penal en este aspecto se ha mostrado excesivamente intervencionista, no se puede decir menos de los órganos jurisdiccionales que han procedido en la aplicación de los tipos penales con un excesivo y desproporcionado rigor puramente formalista.

Así, desde su promulgación, los delitos relativos a la flora y fauna han sido objeto de numerosas y múltiples aplicaciones por parte de los Tribunales (81), en unos casos, a mi juicio, acertadas y, en otros, *las más de las veces, desacertadas al proceder a la condena de conductas cuya incidencia en el medio ambiente es totalmente nula*. En estos últimos supuestos, se trata de resoluciones que sólo han estado atentas a una interpretación puramente formal de los tipos sin tener en cuenta —posiblemente porque nominalmente no se exige en el tipo— si las conductas enjuiciadas vulneran o ponen en peligro el medio ambiente. Por eso, si se ha calificado al legislador como *activista o fundamentalista en la protección de la flora y fauna*, a mi juicio, no se puede decir menos respecto de determinados órganos jurisdiccionales que, como veremos, han llegado al extremo de con-

pp. 112 ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», *op. cit.*, pp. 10-11; SILVA SÁNCHEZ, J. M.², *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 307. Para un estudio empírico de estos extremos, con datos estadísticos, concretamente en el ámbito medioambiental, constatando la tibia aplicación por los Tribunales alemanes de los tipos simbólicos, *vid.* MÜLLER-TUCKFELD, J. Ch., «Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente», *op. cit.*, pp. 516-517.

(81) Algunas de las cuales ya he tenido ocasión de analizar con anterioridad en otros lugares al hilo del comentario de algunas sentencias, así, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «El delito de caza y pesca ilegal (artículo 335 del Código penal): una interpretación restrictiva y acorde al bien jurídico tutelado», *op. cit.*, pp. 77 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Los delitos contra la flora amenazada y la concurrencia de error de tipo excluyente de la infracción penal», *op. cit.*, pp. 49 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Interpretación de la conducta de tráfico o comercio de especies de fauna amenazada. Reducción material del tipo del artículo 334 del Código penal», *op. cit.*, pp. 69 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Algunas notas sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal. Vía interpretativa para su adecuación constitucional», *op. cit.*, pp. 58 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal: Vulneración del principio de legalidad penal. Su interpretación restrictiva», *op. cit.*, pp. 58 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «La caza de gorriones y su incardinación dentro del Código penal. El nulo respeto por el principio de intervención mínima en la aplicación de los tipos penales. La urgencia de una declaración de inconstitucionalidad», *op. cit.*, pp. 57 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Inexistencia de coincidencia entre el concepto administrativo y penal de «especies amenazadas». Interpretación material del elemento típico «especies amenazadas»», *op. cit.*, pp. 50 ss.

siderar delictiva la caza de jilgueros, cuando no la de simples y meros gorriones (82).

Evidentemente, es preciso resaltar que las conclusiones y afirmaciones que acabo de realizar no son necesariamente aplicables o predicables de todos y cada uno de los delitos relativos a la flora y fauna, sino única y exclusivamente de algunos tipos en concreto, a los que ahora me referiré, como son los artículos 332, 334.1 y, especialmente, el artículo 335.

2. Los artículos 332 y 334.1 del Código penal y el principio de ofensividad o lesividad. Interpretación del elemento típico «especies amenazadas»

Si descendemos ya al análisis de los concretos tipos penales en los que, como se ha dicho, no se respeta el principio de ofensividad, esto es, no protege ningún bien jurídico –salvo el de la desobediencia a las leyes administrativas–, habremos de centrarnos, en primer lugar, en el análisis de los artículos 332 y 334.1 del Código penal y, más concretamente, en el del elemento típico «especie amenazada». En el primero de los preceptos se tipifica la conducta de cortar, talar, quemar, arrancar, recolectar o efectuar tráfico ilegal de especies de flora *amenazada* o de sus propágulos (83). Y, en el artículo 334.1, la con-

(82) Así, concretamente en la SAP de Almería de 3 de junio de 1998. Para un extenso comentario crítico sobre la misma, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «La caza de gorriones y su incardinación dentro del Código penal. El nulo respeto por el principio de intervención mínima en la aplicación de los tipos penales. La urgencia de una declaración de inconstitucionalidad», *op. cit.*, pp. 57 ss. También, al respecto, *cfr. infra*.

(83) La introducción en la redacción típica del término «propágulos» ha suscitado las más severas críticas por parte de la doctrina, fundamentalmente por ser un término que no se encuentra recogido en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; hecho que, sin duda alguna, plantea enormes dudas en relación al contenido, y esencialmente, extensión del mismo. Así, se dice que con ese término se alude a un órgano o parte de un vegetal como, por ejemplo, sus brotes o sus frutos (en este sentido, *vid.* BOIX REIG/JAREÑO LEAL, «Artículos 332-337», *op. cit.*, p. 1610), aunque en sentido técnico propágulo es «cualquier parte de un organismo capaz de dar lugar a otro nuevo» (así, *vid.* ORTEGA MARTÍN, E., «Los delitos contra la flora y la fauna», *op. cit.*, p. 455), de tal forma que en ese concepto se incluirían las semillas o los frutos caídos o un simple esqueje de una planta y, como se puede comprender, el simple hecho de recolectar semillas o frutos caídos de una especie de flora amenazada constituye, en sí, un ilícito penal porque impide o dificulta la reproducción de la especie; como lo dificulta también la conducta de cortar una flor dado que es la parte de la planta a través de la cual, tras la polinización, se realiza la reproducción. En este mismo sentido, declarando expresamente que entre las conductas tipificadas en el

ducta de cazar o pescar o traficar con especies de fauna *amenazada*. Como se puede observar, el núcleo esencial de ambos tipos gravita sobre un elemento típico común: la especie de flora o fauna *amenazada*.

Adoptando la perspectiva del principio de ofensividad o de lesividad nadie diría que se trata de tipos carentes de un bien jurídico que proteger *dado que su operatividad se proyecta sobre especies cuya supervivencia peligrá seriamente* y, en consecuencia, las afirmaciones críticas que hasta este momento se han realizado carecerían de sentido en relación con esos preceptos.

En efecto, en principio, así parece ser: ambos tipos protegen el medio ambiente porque la caracterización de una concreta especie de flora o fauna como amenazada –y su inclusión en el correspondiente catálogo nacional o autonómico de especies amenazadas (84)– se realiza en atención al peligro que su desaparición supone para el medio ambiente en su conjunto, entendido en un sentido antropocéntrico (85).

artículo 332 del Código se encuentran recogidas las de «recolección de sus semillas, polen o esporas», *vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 22 de diciembre de 1998 (mostrando su perplejidad ante este tipo de afirmaciones, *vid.* HAVA GARCÍA, E., *Protección jurídica de la fauna y flora en España, op. cit.*, p. 297 y nota núm. 10, quien además propugna una aplicación muy restrictiva del tipo atenta, como aquí se hace, al principio de lesividad). No obstante, es preciso indicar que la referencia al término propágulo no es nueva en nuestro Ordenamiento –y ello, a pesar de los planteamientos jocosos que suscitó durante los debates parlamentarios (al respecto, *vid.* HAVA GARCÍA, *op. ult. cit.*, p. 297, nota núm. 11), puesto que ya aparecía recogido en otras normas como los artículos 31 y 38 de la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y la Flora y Fauna Silvestres –que el legislador de 1995 tuvo muy en cuenta a la hora de tipificar las conductas.

(84) Al respecto, sobre las interacciones entre el catálogo nacional y los catálogos autonómicos de especies amenazadas, *cfr. infra*.

(85) Esto es, para el disfrute de las actuales y futuras generaciones de seres humanos. Como señalan Bou Franch y Rovira Daudí, «no se trata tanto de proteger y defender el medio ambiente porque sí, sino en protegerlo y defenderlo en la medida en que sea útil o aprovechable para el hombre», enfoque utilitarista que, por otra parte, se refleja claramente en el artículo 45 de la Constitución cuando hace referencia al desarrollo de la persona. BOU FRANCH/ROVIRA DUADÍ, «La legitimación de las generaciones venideras en la protección y defensa del medio ambiente», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1997, p. 282; también, sosteniendo que el artículo 45 de la Constitución mantiene una concepción relativamente antropocéntrica e instrumental del medio ambiente, *vid.* MORALES PRATS, F., «La técnica de la ley penal en blanco y el papel de la legislación de las comunidades autónomas en el delito ambiental», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Santander, 1993, p. 359, nota núm. 1; también, sosteniendo cómo la Constitución española opta por un modelo de medio ambiente *moderadamente antropocéntrico*, *vid.* RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Protección penal del ambiente», en Cobo del Rosal (dir.): *Comentarios a la Legislación Penal*, T. I, Madrid, 1982, p. 261.

En otros términos, esa calificación habría de llevarnos a pensar que la inclusión en los catálogos administrativos de especies amenazadas supone que cualquier conducta lesiva de esa especie de flora o fauna lesiona *iuris et de iure* el medio ambiente o, cuando menos, a través de un juicio *ex ante*, lo pone en peligro porque, en primer lugar, se trata de especies cuya supervivencia se encuentra seriamente cuestionada; y, en segundo lugar, porque nos encontramos ante lo que se denomina delitos acumulativos (86).

En efecto, si se cataloga una determinada especie como amenazada es porque su supervivencia peligra y, como consecuencia, con su desaparición también se pone en peligro, cuando menos abstracto, el equilibrio biológico y el medio ambiente en la medida en que las generaciones venideras no podrán disfrutar de él. Esto, hasta cierto punto, puede ser acertado, pero deja de serlo cuando realmente se examina el concepto administrativo de especie amenazada –que, en principio, se encuentra llamado a integrar los tipos penales que se refieren a esta clase de especies– y las categorías que lo integran porque, como seguidamente veremos, la catalogación de una especie como amenazada y, más específicamente, su corte, tala, caza o pesca *no necesariamente supone una lesión, ni siquiera una puesta en peligro abstracta, del medio ambiente*. En otros términos, el concepto administrativo de especie amenazada –al contrario de lo que pudiera parecer– no es necesariamente sinónimo del de especie en peligro de extinción (87) o especie cuya supervivencia peligra, ni la inclusión en los catálogos de especies amenazadas supone en todos los casos que

(86) En efecto, los delitos acumulativos –o *Kumulationsdelikte* en terminología alemana– son delitos en los que la conducta típica considerada individualmente puede no mostrar un riesgo relevante para el bien jurídico protegido, pero varias conductas idénticas realizadas por otros sujetos no sólo harían que ese riesgo resultase ser relevante, sino que, seguramente, todas ellas acabarían por lesionar materialmente el bien jurídico protegido. En consecuencia, en esta clase de tipos de acumulación el delito no queda únicamente configurado en atención a la conducta llevada a cabo por el sujeto, sino, también, en atención a las eventuales conductas idénticas de otros sujetos. Críticamente sobre esta clase de delitos que, en realidad, fundamentan la imposición de la sanción *ex iniuria tertii*, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, pp. 104 ss. y, especialmente, pp. 108 ss.; también, del mismo autor y con similares opiniones al respecto, vid. *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, pp. 46 ss.

(87) Es más, la caza o pesca de especies en peligro de extinción se configura como un tipo agravado en el artículo 334.2 del Código penal, lo que, sin duda, resulta paradójico al compararlo con el artículo 332 del mismo cuerpo legal relativo a las especies de flora amenazada porque en este último precepto no existe una agravación semejante para las especies de flora en peligro de extinción.

la extinción de esa especie está muy cercana o que quedan pocos ejemplares de la misma en el país o en una concreta región.

Los delitos contra la flora y la fauna denotan una generalizada tendencia a la utilización de las leyes penales en blanco. Y precisamente esto es lo que ocurre respecto al elemento típico «especies amenazadas» –es lo que doctrinalmente se suele denominar como un *elemento normativo del tipo de carácter concluyente* (88)– que aparece recogido en los artículos 332 y 334.1 del Código penal. Como tal elemento normativo, para su correcta integración es totalmente necesario acudir a la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres.

Más concretamente, en los artículos 29 y 30 de la referida Ley se establecen las normas generales de las que cabe extraer el concepto de especies amenazadas y *las diversas categorías en las que aquél se divide*. Éstas, a saber, son cuatro: especies en peligro de extinción –«aquellas cuya supervivencia es poco probable»–, especies sensibles a la alteración de su hábitat –«aquellas cuyo hábitat característico está particularmente amenazado, en grave regresión, fraccionado o muy limitado» (89)– especies vulnerables –«aquellas que corren el riesgo de pasar a las categorías anteriores»– y, por último, especies de interés especial –«las que sin estar contempladas en ninguna de las precedentes, sean merecedoras de una atención particular en función de su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad»– (90).

(88) Esto es, un elemento normativo del tipo que contiene una remisión tácita a normas extrapenales, frente a aquellos otros en los que se establecen remisiones expresas a normas extrapenales que suelen ser calificadas como leyes penales en blanco. Al respecto, en mayor extensión, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, *vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico. Parte general, op. cit.*, pp. 124-125; también, en igual sentido, *vid.* LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte general I, op. cit.*, p. 149.

(89) Y, como consecuencia, su supervivencia también se encuentra seriamente cuestionada.

(90) La concreción de las especies que pasan a integrarse en cada una de esas categorías se realiza en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, instrumentado mediante Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo, cuya modificación –esto es, inclusión o exclusión de especies a medida que se integren en esas categorías o se excluyan de las mismas– se realiza mediante Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, hoy Ministerio de Medio Ambiente. Pero, también, esa concreción de las especies que se consideran amenazadas se lleva a cabo en los correspondientes Catálogos Autonómicos de Especies Amenazadas que, en virtud de lo previsto en el artículo 30.2 de la Ley 4/89, las Comunidades Autónomas pueden establecer en su respectivo ámbito territorial para ampliar el Catálogo Nacional; nunca para reducirlo puesto que la competencia establecida en el artículo 149.1.º23 de la Constitución faculta a las Comunidades Autónomas para establecer normas de pro-

Creo que sin ningún género de dudas –salvo algunas precisiones que se harán con posterioridad–, la lesión de alguna de las especies incluida administrativamente en cualquiera de las tres primeras categorías conlleva una puesta en peligro, siquiera abstracta, del medio ambiente –sin perjuicio, reitero, de realizar posteriores precisiones (91)– dado que la caza o pesca de las mismas, cuando menos, claramente cuestiona o puede dificultar el disfrute de las generaciones venideras. No ocurre lo mismo con la última de las categorías administrativas a las que me he referido: *especies de interés especial*; respecto a éstas, *la catalogación como especies amenazadas no obedece a ninguna razón o situación de riesgo para las mismas –y por ende, desde un punto de vista ex ante, tampoco para el medio ambiente–*, sino que su catalogación responde, lisa y llanamente, como se dice en la propia norma, a razones «científicas, ecológicas, culturales o por su singularidad» y no porque su captura conlleve también una puesta en peligro del medio ambiente entendido en un sentido antropocéntrico.

En consecuencia, *el respeto por el principio de ofensividad exige excluir de los tipos de los artículos 332 y 334.1 del Código penal las especies «de interés especial» por mucho que éstas pasen a integrarse en el concepto administrativo de especies amenazadas y, también, en los catálogos administrativos de dichas especies. La inclusión en esos catálogos constituye un requisito necesario (92), pero no suficiente, para la incriminación dado que ésta precisa de la existencia, cuando*

tección adicionales a las establecidas por el Estado Central (como por otra parte se pone expresamente de relieve en los fundamentos jurídicos 23.º y 24.º de la STC 102/1995, de 26 de junio, en la que se planteaba la posible inconstitucionalidad del citado precepto por invadir competencias autonómicas, lo que, como se puede suponer, no fue aceptado por el Tribunal Constitucional). En otros términos, la normativa estatal contendría una regulación de mínimos respecto a las especies amenazadas, susceptible de ser ampliada por las Comunidades Autónomas, nunca reducida (en relación con las Comunidades Autónomas que han procedido a la elaboración de esos Catálogos, *vid.* ORTEGA MARTÍN, E., «Los delitos contra la flora y fauna», *op. cit.*, pp. 435 ss.). En consecuencia, habrá que acudir a todas esas normas para dilucidar cuáles son las especies amenazadas que, por tanto, pueden integrar el tipo de los artículos 332 y 334.

(91) Centradas, fundamentalmente, en señalar que aunque alguna especie se encuentre formalmente incluida en cualquiera de las tres primeras categorías, es aún posible predicar la atipicidad de la conducta si materialmente se puede demostrar que esa concreta especie ya no merece encontrarse contenida en los catálogos de especies amenazadas.

(92) Que sirve para restringir el ámbito de lo prohibido, al contrario de lo que suele creerse respecto de las remisiones a normas sublegislativas. Al respecto, *vid.* ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», *op. cit.*, p. 10; de idéntica opinión, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Delitos contra el medio ambiente*, *op. cit.*, p. 58.

menos, de una puesta en peligro relevante del bien jurídico y, por definición, como se ha visto, en el caso de las especies «de interés especial» esa puesta en peligro no existe ni siquiera de una forma lejana y desde una perspectiva *ex ante* (93), no alcanzado, por tanto, el grado de lesividad exigible a las infracciones penales. Pensemos, por ejemplo, en cualquier especie endémica de nuestro país que, sin estar materialmente amenazada –porque existen numerosos ejemplares de la misma–, es catalogada como especie «de interés especial» por el simple y mero hecho de su singularidad –que, como se ha visto, es una de las características que permite catalogarla administrativamente como especie amenazada–, esto es, por tratarse de una especie que es únicamente característica de nuestro país. ¿Podemos decir, desde una perspectiva *ex ante*, que con la captura de esa especie se está poniendo en peligro el medio ambiente? A mi juicio, es necesario contestar negativamente (94).

En efecto, la caza o pesca de especies «de interés especial» no supone ninguna lesión o puesta en peligro del medio ambiente y, en consecuencia, su incriminación –sin que materialmente concurra la condición de amenazada, esto es, sin que peligre su supervivencia– deviene ilegítima salvo que en estos supuestos se quieran conceptuar los delitos contra la flora y la fauna como meros delitos formales o de desobediencia a las normas administrativas, lo que, a mi juicio, conculcaría palmariamente el principio de ofensividad (95). Pero no olvidemos que, además, las normas administrativas tienen su propio medio de defensa frente a esas clases de desobediencia: las sanciones administrativas y, por tanto, resulta innecesario e ilegítimo recurrir al

(93) En este mismo sentido, *vid.* CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «De los delitos relativos a la protección de la flora y fauna», en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.): *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1997, p. 3285.

(94) En sentido contrario *vid.* el Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 12 de julio de 1999, sobre la aplicación del nuevo Código penal, ejemplar mecanografiado, p. 145, en el que se propone abordar la modificación del artículo 334 del Código penal «para incluir en él aquellas especies de nuestra fauna que, sin estar amenazadas, merezcan una especialísima protección por su elevado interés ecológico y biológico» (*sic*); en idénticos términos, *vid.* en los Anexos de dicho Informe la propuesta del Vocal del CGPJ D. Enrique Arnaldo Alcubilla. Es decir, se pretende la reforma para incluir en el precepto especies que ya están incluidas en el mismo –las de interés especial– y que, sin embargo, como se ha señalado en el texto, deben ser excluidas del mismo por no respetar los más mínimos postulados del principio de lesividad.

(95) En este mismo sentido, *vid.* MORALES PRATS, F., «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, 1998, p. 483.

Ordenamiento penal para reforzar los mandatos administrativos en este concreto ámbito.

En esencia, la interpretación que aquí se propone –excluir las especies «de interés especial» de la conducta típica recogida en los artículos 332 y 334.1 del Código penal por no lesionar ni poner en peligro bien jurídico alguno–, coincide con la mantenida por nuestro Tribunal Supremo en la primera de las sentencias en que se ha ocupado de los delitos relativos a la flora y la fauna –STS de 19 de mayo de 1999–. En ella se declara expresamente que «la mera inclusión formal en un determinado catálogo no es suficiente para declarar conformado el ilícito penal si no concurre la debida constatación de que el animal de que se trate forma parte *de una especie efectiva y objetivamente amenazada*» y, precisamente, esto no ocurre en el caso de las especies «de interés especial» (96).

En efecto, el Tribunal Supremo, a mi juicio de manera acertada, huye de una interpretación puramente formalista del precepto, lo que, sin duda, representa un importante giro en la tendencia generalizada entre nuestros órganos jurisdiccionales de interpretar estos preceptos exclusivamente de conformidad con la legislación administrativa sin ningún tipo de exigencias materiales adicionales que ayuden a concretar el desvalor penal de la conducta (97). Por el contrario, el Tribu-

(96) En idénticos términos y siguiendo la doctrina iniciada por el Tribunal Supremo, *vid.* SAP de Jaén, Sección 1.ª, de 22 de febrero de 2000. En mayor extensión sobre esta última resolución, así como, también, un comentario sobre la misma, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «Inexistencia de coincidencia entre el concepto administrativo y penal de “especies amenazadas”», *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, núm. 23, noviembre de 2000, pp. 50 ss. También siguen la doctrina iniciada por el Tribunal Supremo, entre otras, SAP de Jaén, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2000 y de 16 de mayo de 2000.

(97) En este mismo sentido, y constatando estos extremos específicamente en relación con el artículo 334.1 del Código penal, *vid.* VALLDECABRES ORTIZ, I., «Interpretación del elemento típico “especies amenazadas” del delito del artículo 334.1 del Código penal», *Revista Mensual de Gestión Medioambiental*, núm. 10, octubre, 1999, p. 49. En relación con otros preceptos relativos a la flora y fauna constatando, también, esa interpretación formalista, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «El delito de caza y pesca ilegal (artículo 335 del Código penal): una interpretación restrictiva y acorde al bien jurídico tutelado», *op. cit.*, pp. 77 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Los delitos contra la flora amenazada y la concurrencia de error de tipo excluyente de la infracción penal», *op. cit.*, pp. 49 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Interpretación de la conducta de tráfico o comercio de especies de fauna amenazada. Reducción material del tipo del artículo 334 del Código penal», *op. cit.*, pp. 69 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Algunas notas sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal. Vía interpretativa para su adecuación constitucional», *op. cit.*, pp. 58 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal: Vulneración del principio de legalidad penal. Su interpretación restrictiva», *op. cit.*, pp. 58 ss.; MUÑOZ

nal Supremo, en la sentencia a que antes me he referido, adopta una perspectiva e interpretación material de los preceptos; esto es, una interpretación atenta al principio de lesividad u ofensividad que, como señala Morales Prats, obliga a desterrar un entendimiento y aplicación mecánica de las remisiones normativas a la legislación ambiental «según la cual “toda” infracción de la legislación ambiental serviría en igual medida a la complementación del tipo penal» (98).

En puridad, cuando una especie es catalogada como «de interés especial», su captura ni afecta ni pone en peligro el bien jurídico medio ambiente –porque su catalogación como tal no implica ninguna suerte de peligro de desaparición de esa especie– y, por tanto, esa conducta ha de ser penalmente atípica –lo que no presupone que en el ámbito administrativo sancionador también lo sea–. Una interpretación contraria no haría más que poner de relieve algo que aquí ya se viene denunciando: el mero entendimiento de los delitos relativos a la flora y la fauna en clave eminentemente formal como delitos de desobediencia a las leyes administrativas protectoras del medio ambiente; ello, en mi opinión, deslegitimaría de plano la intervención penal en este ámbito y, en consecuencia, la única opción plausible para evitarlo pasa por realizar una interpretación restrictiva del tipo que excluya de los artículos 332 y 334.1 del Código penal, ya de principio, las especies catalogadas como «de interés especial», cuando no, como veremos, algunas otras en concretos y determinados supuestos (99).

Sin embargo, algún sector doctrinal (100), de un modo vehemente, ha contestado de plano esta serie de interpretaciones, al hilo de los comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo a que antes he hecho referencia, llegando a afirmar que este órgano jurisdiccional se ha adentrado «en una insostenible labor de creación del Derecho, aun cuando en este caso beneficie al reo» pero perjudicando «a la colectividad, a la que priva de una efectiva protección de cierta clase de fauna amenazada» (101).

LORENTE, J., «La caza de gorriones y su incardinación dentro del Código penal. El nulo respeto por el principio de intervención mínima en la aplicación de los tipos penales. La urgencia de una declaración de inconstitucionalidad», *op. cit.*, pp. 57 ss.

(98) MORALES PRATS, F., «La estructura del tipo de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», *op. cit.*, p. 483.

(99) Cfr. *infra*.

(100) Así, por todos, *vid.* VALLDECABRES ORTIZ, I., «Interpretación del elemento típico “especies amenazadas” del delito del artículo 334.1 del Código penal», *op. cit.*, pp. 48-49.

(101) Así, *vid.* VALLDECABRES ORTIZ, I., «Interpretación del elemento típico “especies amenazadas” del delito del artículo 334.1 del Código penal», *op. cit.*, especialmente p. 49.

Prescindiendo de estas últimas afirmaciones, si se quiere de corte «populista» (102) –que, sin duda, no resultan extrañas si se tiene en cuenta la cada vez más frecuente introducción del populismo en el Derecho Penal (103)–, para afianzar dichas conclusiones críticas se recurre al examen de la voluntad del legislador a través del análisis de los debates parlamentarios relativos a los artículos 332 y siguientes del Código penal. De estos debates se puede deducir claramente que el legislador penal de 1995 quiso incluir entre las especies amenazadas, también las de «interés especial» (104); extremo éste que, sin duda alguna, a mi juicio, resulta incontestable. Ahora bien, que el legislador quisiera incluir esa última categoría de especies amenazadas en el tipo objetivo de los artículos 332 y 334.1 del Código penal, no desvirtúa el hecho de que su inclusión, como aquí se viene manteniendo, *supone tipificar una conducta tras la que no existe ningún bien jurídico que proteger* –y, más específicamente el medio ambiente–. Que el legislador realice mal su labor –tipificando conductas carentes de bien jurí-

(102) En efecto, la exclusión de la protección penal de las especies «de interés especial» no priva a la colectividad de una efectiva protección de las mismas. Ello es así, en primer lugar, porque aunque se trate de especies formalmente amenazadas, de hecho, materialmente no se trata de especies amenazadas o respecto de las que exista peligro de desaparición; en consecuencia, a mi juicio, no existe ninguna necesidad de tutela jurídico-penal y, lo que resulta aun más importante, no es posible apreciar una demanda social para la protección penal de esta clase de especies dado que su supervivencia como especie no peligra. Y, en segundo lugar, porque la exclusión de la protección penal de esas especies no significa que se incurra en el extremo opuesto de desprotección jurídica. Recordemos que, a estos efectos, siguen existiendo las sanciones administrativas en cuyo ámbito encuentran un mejor acomodo esta serie de conductas atentatorias a las especies «de interés especial» y, hasta incluso, me atrevería a decir que la protección que ofrece esta rama del Ordenamiento en muchos casos se puede revelar más efectiva que la penal porque las sanciones previstas en el ámbito administrativo suelen ser de mayor cuantía a las que, comúnmente, se imponen por los Tribunales penales.

(103) Sobre la cada vez más frecuente incursión del populismo y la demagogia en el Derecho Penal, entre otros, *vid.* ALBRECHT, P. A., «El Derecho Penal en la intervención de la política populista», en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, pp. 471 ss.; LARRAURI PIJOAN, E., «Relación entre índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión: algunas hipótesis», en RECHEA ALBEROLA, C. (dir.), *La Criminología aplicada II, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1998, p. 87; QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, *op. cit.*, pp. 201 y 251; del mismo autor y en idéntico sentido, también, *vid.* *La Justicia Penal en España*, *op. cit.*, pp. 34 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, *passim*.

(104) Así, *vid.* *Ley Orgánica del Código penal. Trabajos Parlamentarios*, vol. I, Cortes Generales, Madrid, 1996, p. 942, en la que se recoge el debate de la Comisión de Justicia de 6 de junio de 1995.

dico que proteger, esto es, no atendiendo a determinadas coordenadas constitucionales, como en este caso lo es el principio de lesividad— no significa que los operadores jurídicos deban seguir las pautas marcadas por aquél si éstas no se acomodan al sistema constitucional. Precisamente, por esta circunstancia, en las críticas dirigidas al Tribunal Supremo se reconoce, también, que este órgano actuó guiado en su interpretación por el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal aunque, a su vez, y de manera sorprendente, se señala que este principio «no corresponde aplicarlo» a los Tribunales «derogando parcialmente un precepto» (105), *opinión con la que, de todo punto, discrepo.*

Bien es cierto que, como en el supuesto que nos ocupa, cuando es el propio legislador el que no respeta el principio de intervención mínima —quizás porque resulta «mucho más barato» recurrir al Derecho Penal y a su función simbólica (106)—, los aplicadores del Derecho —y más específicamente los Tribunales— deben respetarlo y, cuando menos, realizar interpretaciones correctoras y restrictivas de la actuación legislativa —guiadas, también, por el principio de intervención mínima y, sobre todo, atentas al principio de lesividad u ofensividad—. Como señala acertadamente Sánchez Gascón, del principio de intervención mínima se habla *ex ante*, es decir, como planteamiento previo a considerar por el legislador, pero se suele olvidar otra de sus facetas, tan importante como la primera: su faceta *ex post*; esto es, el principio de intervención mínima también tiene una indudable importancia en el momento de optar por la aplicación o no de una norma en la que el legislador no ha respetado aquel principio de intervención mínima y de subsidiariedad del Derecho Penal (107) porque

(105) Así, *vid.* VALLDECABRES ORTIZ, I., «Interpretación del elemento típico “especies amenazadas” del delito del artículo 334.1 del Código penal», *op. cit.*, especialmente, p. 49.

(106) Así, *vid.* HERZOG, F., «Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo», *op. cit.*, pp. 55 ss.; del mismo autor y en el mismo sentido, *vid.* «Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho Penal en peligro)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 326. Con planteamientos similares, en España, *vid.* BUSTOS RAMÍREZ, J., «Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», *op. cit.*, pp. 106-107; SILVA SÁNCHEZ, J. M.³, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, 1999, *passim*; TERRADILLOS BASOCO, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», *op. cit.*, p. 9; en Alemania: *vid.* ALBRECHT, P. A., «El Derecho Penal en la intervención de la política populista», *op. cit.*, p. 471 ss. También, con planteamientos idénticos y específicamente concretados en el Derecho Penal medioambiental, *vid.* MÜLLER-TUCKFELD, J. Ch., «Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente», *op. cit.*, pp. 507 ss.

(107) SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, Madrid, 1998, pp. 31 ss. En parecidos términos, *vid.*, también, ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», *op. cit.*, p. 6,

eso significa interpretar las normas penales de acuerdo con la Constitución. Es más, en mi opinión, esa interpretación viene impuesta, por lo que respecta a los Tribunales, por el artículo 5.1 de la LOPJ que les obliga a interpretar las leyes y reglamentos «según los preceptos y principios constitucionales» si éstos, en todo o en parte, no son respetados por el legislador.

Por último, otro de los argumentos que se utilizan para desvirtuar la tesis del Tribunal Supremo estriba en que la misma no sólo deroga parcialmente algunos preceptos –así, concretamente, los artículos 332 y 334.1 al excluir de los mismos las especies «de interés especial», cuando el legislador de 1995 quiso expresamente incluirlas–, sino que, también, *dicho criterio deroga o convierte en imposible la vigencia del artículo 335* porque, en este supuesto la caza o pesca de las especies a que el mismo se refiere «nunca devendría materialmente lesiva para la fauna» (108). En este sentido, y como seguidamente se verá, hay que dar la razón a estas afirmaciones realizadas por Valdecabres Ortiz, señalar la certeza de las mismas, e incluso aventurarnos a decir que el artículo 335 del Código penal no sólo quedaría derogado tácitamente (109), sino que *se trata de un precepto que nunca debió ser incorporado al Código penal* porque, tanto desde un punto de vista material –principio de lesividad–, como desde un punto de vista formal –principio de legalidad– es totalmente inconstitucional. Si, respecto de los artículos 332 y 334.1 del Código penal es posible salvar su constitucionalidad al propugnar una interpretación restrictiva –centrada, fundamentalmente, en exigir, además de la inclusión en los catálogos de especies amenazadas, la prueba de la lesión o puesta en peligro del medio ambiente–, una interpretación del mismo tenor en el ámbito del artículo 335 y guiada por la misma finalidad –salvar su constitucionalidad– hace que este último precepto sea aplicable en muy pocos casos, por no decir, en ninguno, hasta el punto de quedar derogado *de facto*.

Sin embargo, antes de analizar esos extremos respecto al artículo 335 del Código penal, considero conveniente referirme a una última

quien en relación con el principio de fragmentariedad del Derecho Penal señala cómo éste impone al juez «apartarse de una interpretación formal del tipo, considerando atípicas conductas que sólo lesionan de modo insignificante al bien jurídico protegido». Si esto se predica de conductas que lesionan de modo insignificante el bien jurídico, a mi entender, resulta de mayor y mejor aplicación en los supuestos en que el bien jurídico ni siquiera es puesto en peligro.

(108) Así, *vid.* VALLDECABRES ORTIZ, I., «Interpretación del elemento típico “especies amenazadas” del delito del artículo 334.1 del Código penal», *op. cit.*, p. 50.

(109) Aunque el número de condenas desde la entrada en vigor del precepto no permite afirmar este extremo.

cuestión en relación con los artículos 332 y 334.1, e incluso, con el tipo agravado del artículo 334.2 –caza o pesca de especies catalogadas en peligro de extinción–. Aquélla se encuentra relacionada con el hecho de cuestionarse si la interpretación restrictiva que se acaba de analizar es también aplicable en los supuestos en que nos encontremos ante especies que se hallen catalogadas en alguna de las tres primeras categorías –especies en peligro de extinción, sensibles a la alteración de su hábitat y vulnerables– que integran el concepto administrativo de especies amenazadas y *de cuya afectación material al medio ambiente, en principio, no se duda*; esto es, *si en determinados supuestos, es posible excluir de tipo objetivo la caza o pesca de alguna de esas especies cuya supervivencia, en principio, parece que está seriamente amenazada*. A mi juicio, es preciso contestar afirmativamente a esta cuestión (110) y señalar que, cuando nos encontremos ante alguna de esas tres categorías, a la hora de aplicar los tipos es también necesario constatar que existe una lesión o puesta en peligro del bien jurídico medio ambiente. En efecto, por mucho que la concreta especie de que se trate se encuentre catalogada dentro de alguna de esas categorías, si materialmente no existe un peligro potencial para la conservación de la especie, entonces cabría considerar dicha conducta atípica porque, al no existir ese peligro potencial, tampoco existe peligro para el medio ambiente o, al menos, una suerte de peligro de la que debiera ocuparse el Derecho Penal. Ello podría ocurrir, por ejemplo, en los supuestos en que la concreta especie de que se trate se haya reproducido de tal manera que ya no tenga sentido seguir incluyéndola en los catálogos de especies amenazadas y, sin embargo, por desidia u olvido de la Administración esa especie siga estando catalogada como especie amenazada o, incluso, como especie en peligro de extinción (111). Recordemos que para aplicar el tipo, la catalogación es un requisito necesario, pero no suficiente; además, será preciso constatar que concurren materialmente todos los requisitos para que la concreta especie se integre en los catálogos de espe-

(110) De similar opinión a la aquí mantenida, *vid.* HAVA GARCÍA, E., *Protección jurídica de la fauna y flora en España, op. cit.*, pp. 327-328. En sentido contrario al aquí mantenido, *vid.* SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca, op. cit.*, p. 118, para quien «si la especie faunística está incluida como amenazada en una norma, lo es sin discusión a nuestros efectos, aunque en realidad no esté ni mucho menos amenazada».

(111) Evidentemente no es muy normal que esto ocurra pero, sin duda alguna, se pueden dar casos. Así, por ejemplo, el del lagarto gigante de El Hierro, especie que se encontraba prácticamente extinguida y que, en los últimos años, se ha reproducido de forma espectacular. Fuente: Diario *El País*, 28 de febrero de 2000.

cies amenazadas, esto es, que existe una amenaza real para la conservación de la especie. Planteamiento éste que nos conduce por caminos sumamente intrincados, sobre todo en lo relativo a quién resulta ser competente para determinar si esa concreta especie debería o no estar incluida en el correspondiente Catálogo administrativo; es decir, quién resulta competente para determinar si ya han desaparecido todos los presupuestos materiales para seguir incluyéndola en alguna de las tres primeras categorías de especies amenazadas. Trasladando esta cuestión al proceso penal significa analizar si nos encontramos ante una cuestión prejudicial incidental o relativa que pueda ser solventada por los Tribunales penales conforme al artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (112) o si, por el contrario, se trata de una de las cuestiones prejudiciales suspensivas y devolutivas a las que se refiere el artículo 4 de la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal (113), cuestión en la que, por exceder las pretensiones del presente análisis, no nos detendremos, aunque, no obstante parecía conveniente dejar constancia de la misma señalando, además, que la solución a esta última cuestión no prejuzga que las conductas puedan ser objeto de sanción administrativa si en el proceso penal se llega a la conclusión de que esas especies, a pesar de estar catalogadas, no están objetivamente amenazadas.

3. El artículo 335 y el principio de ofensividad o lesividad

El artículo 335 del Código penal –que, cuando menos, puede ser calificado como singular– es, sin duda alguna, el precepto en el que

(112) Por ejemplo, atendiendo a los dictámenes periciales que se puedan aportar en el proceso.

(113) De forma general, optando por esta última solución respecto al Derecho Penal accesorio de otras ramas del Ordenamiento, *vid.* RODRÍGUEZ RAMOS, L., «El imputado en el proceso penal», *La Ley*, 4 de enero de 2001, pp. 1 ss. quien, partiendo de la base de que lo común en la actualidad es que estas cuestiones sean tratadas como cuestiones prejudiciales incidentales o relativas –esto es, conforme al artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– y la excepción es que sean tratadas como cuestiones prejudiciales devolutivas y suspensivas, propugna *de lege ferenda* invertir esa regla excepción, convirtiendo en excepcionales las cuestiones prejudiciales incidentales y en normales las suspensivas y devolutivas para constatar si realmente los hechos son ilícitos conforme al correspondiente sector jurídico extrapenal. En estos casos, añade, «tampoco parece correcto que se resuelvan tales cuestiones jurídicas mediante pseudopericias en materia jurídica, acudiendo a expertos o menos expertos en dichos sectores, pero con evidente carencia de competencia jurisdiccional en la materia». En el mismo sentido y del mismo autor, *vid.* «La nueva protección penal del ambiente», en AA.VV., *Temas de legislación, Gestión y Derecho Ambiental*, Madrid, 1997, p. 214.

de forma más nítida se puede apreciar lo que hasta ahora hemos venido denunciando: la inexistencia de bien jurídico que proteger, esto es, la elevación del ilícito administrativo puramente formal o de desobediencia a la categoría de delito (114). En él se tipifica la simple conducta de cazar o pescar especies de fauna no amenazada pero cuya caza o pesca no se encuentre *expresamente autorizada*. Es decir, la conducta típica no queda integrada por la caza o pesca de especies cuya captura esté específica y concretamente prohibida por las normas administrativas, sino de especies cuya captura no esté expresa y concretamente autorizada por esas mismas normas aunque, reitero, tampoco concretamente prohibida.

Como se puede observar, la conducta tipificada en el artículo 335 viene definida por exclusión de la del artículo 334 del Código penal. Es el propio artículo 335 el que así lo hace al referirse a la caza o pesca de especies «distintas a las indicadas en el artículo anterior». Esto es, en ningún caso puede tratarse de especies amenazadas, sino única y exclusivamente de especies cuya caza o pesca no esté expresamente autorizada. Como se podrá comprender, si en el supuesto del artículo 334.1 ya hemos excluido de la conducta típica –por no lesionar o poner en peligro el bien jurídico– determinadas especies que expresamente se encuentran catalogadas administrativamente como amenazadas –las «de interés especial» y las incluidas en las otras tres categorías si materialmente no están amenazadas– resulta totalmente lógico mantener que, en los supuestos que cabe incluir en el artículo 335, tampoco se lesiona o pone en peligro el bien jurídico medio ambiente (115).

El artículo 335 del Código penal no es más que concreción y traslación al Código penal de un ilícito administrativo: de la prohibición general existente en nuestro país –y desconocida para muchos– de

(114) En este mismo sentido, *vid.* HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», *op. cit.*, p. 71; PRATS CANUT, J. M., «Artículo 335», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 1996, p. 1547.

(115) En idéntico sentido, constatando cómo el artículo 335 no «satisface los requerimientos del principio de mínima intervención», *vid.* *Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 12 de julio de 1999, sobre la aplicación del nuevo Código penal*, ejemplar mecanografiado, p. 145. Es más, en los Anexos de este mismo Informe se considera que debe ser una simple infracción administrativa (así lo señala expresamente el Presidente de la Audiencia Provincial de Valladolid) o que «tal como está no sirve para nada» y se propone su supresión (así el Excmo. Sr. D. Javier Moscoso del Prado Muñoz, vocal del CGPJ); también, proponiendo su supresión, *vid.* las consideraciones de otro de los Vocales del CGPJ (D. Enrique Arnaldo Alcubilla).

cazar o pescar cualquier especie de fauna, excepto las expresamente autorizadas por la correspondiente Administración competente que, en estos casos es la Comunidad Autónoma en la que se lleva a cabo la conducta; prohibición que aparece recogida en los artículos 26.4 y 33.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (116) y en el artículo 6 del Real Decreto 1095/1989 en los que se determina que sólo podrán ser objeto de caza o pesca aquellas especies que reglamentariamente se declaren como piezas de caza o pesca. Es decir, nuestro Ordenamiento parte de un principio general: está prohibido cazar o pescar cualquier especie, excepto las expresamente autorizadas por la Administración (117); principio general o prohibición general que ahora ha sido trasladada al artículo 335 del Código penal.

Las especies cuya caza o pesca se encuentra expresamente autorizada –y, por tanto, su captura se encuentra excluida del tipo– varían en cada una de las Comunidades Autónomas puesto que su determinación es competencia exclusiva de las mismas, sin que en este aspecto pueda intervenir el Estado central (118). *Normalmente, la determinación de las especies cazables y/o pescables se lleva a cabo a través de las Órdenes anuales de veda* que, como se podrá comprender, *se ocupan en exclusiva de aquellas especies que tienen un determinado valor cinegético*; olvidando, por tanto, numerosas especies, y al contrario de lo que pudiera pensarse, no porque su captura suponga un peligro para el medio ambiente, sino porque, precisamente, carecen de ese valor o interés cinegético.

Así las cosas, y como se ha dicho, al artículo 335 del Código penal no parece subyacer más que la pretensión de afianzar la prohibición administrativa genérica a que antes me he referido pero, de ninguna manera, cabe observar en el mismo una finalidad de protección del medio ambiente porque éste, reitero, no se pone en peligro por la captura de alguna de las especies cuya caza o pesca no esté expresamente

(116) Artículo 26.4: «Queda prohibido dar muerte, dañar, molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres». Artículo 33.1: «La caza y la pesca en aguas continentales sólo podrá realizarse sobre las especies que reglamentariamente se declaren como piezas de caza o pesca, declaración que en ningún caso podrá afectar a especies catalogadas».

(117) Autorización que nunca puede extenderse a las especies catalogadas como amenazadas en virtud de lo que dispone el artículo 33.1 *in fine* de la Ley 4/1989 de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre.

(118) Así, fundamentalmente, tras la STC 102/1995, de 26 de junio, que atribuyó en exclusiva la competencia en esta materia a las Comunidades Autónomas.

autorizada (119). Pero esta circunstancia la podemos ver de forma mucho más nítida si reparamos en la captura de qué especies pueden pasar a integrar la conducta típica recogida en el artículo 335 del Código penal y, por ende, su caza y pesca ser delictiva.

En efecto, el artículo 335 del Código penal permite incriminar conductas como la de cazar un ratón, un perro asilvestrado, un gato asilvestrado, una mariposa, un jilguero, un gorrión común o hasta incluso una mosca o una cucaracha (120). Por eso, no sin cierta sorna, el artículo 335 del Código penal ha sido calificado como el tipo «matamoscas» o el tipo «matarcucarachas».

Todas las especies a que me he referido son especies de fauna cuya caza no está expresamente autorizada por ninguna norma administrativa y, en consecuencia, cubiertas por la prohibición genérica de caza; en la mayoría de los casos, como he señalado, son olvidadas por las Órdenes de veda porque carecen de interés cinegético y, precisamente, ello hace que todas esas especies pasen a integrarse formalmente en la conducta típica del artículo 335 del Código penal, puesto que no existe una autorización normativa expresa para su caza o pesca. Sin embargo, es posible preguntarse: con la captura de alguna de esas especies ¿se pone en peligro el medio ambiente?

Naturalmente, es preciso contestar negativamente a esa cuestión y, de nuevo, mantener que el tipo penal contenido en el artículo 335 del Código penal no es más que un mero refuerzo de las prohibiciones administrativas, es decir, el mismo, aunque pudiera parecer otra cosa, no está destinado a proteger el bien jurídico medio ambiente, sino única y exclusivamente a reforzar la prohibición administrativa general de cazar o pescar cualquier especie salvo las expresamente autorizadas.

(119) Salvo que el mismo se conceptúe como un delito de acumulación, esto es, delitos en los que es posible sancionar individualmente una conducta aun cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico ni lo ponga en peligro, si es previsible que esa misma conducta se realice también por otros sujetos y el conjunto de los comportamientos sí vaya a acabar lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico. Sobre la ilegitimidad de esta serie de delitos que no respetan ni el principio de culpabilidad por el hecho —dando lugar a una sanción *ex iniuria tertii*—, ni tampoco el principio de proporcionalidad, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 108 ss.

(120) Así, expresamente, *vid.*, también, RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La nueva protección penal del ambiente», *op. cit.*, p. 216; también, señalando que el precepto alcanza también a la captura de moscas, *vid.* la propuesta de supresión formulada por el Vocal del CGPJ D. Javier Moscoso del Prado Muñoz y recogida en los Anexos al Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 12 de julio de 1999, sobre la aplicación del nuevo Código penal, ejemplar mecanografiado.

Evidentemente, se ha señalado que interpretaciones que pretendan incluir en el tenor literal del artículo 335 del Código penal las especies a las que se ha hecho referencia son absurdas y llevarán, en la práctica, a una casi nula aplicación del precepto (121). Sin embargo, lo cierto es que la realidad demuestra otra cosa muy distinta, no sólo por el enorme número de sentencias condenatorias que es posible encontrar, sino, también, porque la mayoría de los Tribunales que se han ocupado del precepto –salvo honrosas excepciones– han procedido a una aplicación puramente automática y formalista del mismo tras constatar que la captura de la concreta especie no estaba expresamente autorizada por las correspondientes normas autonómicas.

En efecto, ya hay numerosas sentencias que condenan en aplicación del artículo 335 del Código penal (122) por la caza de una hembra y una cría de cabra montés (123), de un mirlo (124), de un ave denominada «camacho» (125), de varias aves cuya caza no estaba expresamente autorizada (126), de un galápago común (127), de unos tordos (128), de jilgueros (129) o de diversas aves fringílicas entre las que se incluyen también los jilgueros (130); como se puede observar, la afectación de esas conductas al medio ambiente, cuando menos, se puede poner seriamente en entredicho. Pero ahí no acaba el elenco de condenas conforme al artículo 335 del Código penal; aunque pueda parecer absurdo, también se integra en el mismo la conducta de cazar simples y meros gorriones comunes y, salvo error u omisión por mi parte, ya existe al menos una sentencia condenatoria por cazar gorriones comunes (131).

(121) Así, *vid.* MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, *op. cit.*, p. 139.

(122) Si bien, es preciso reseñar que en la mayoría de los casos se condena a la pena mínima de cuatro meses de multa con una cuota también mínima: 200 o 300 ptas./día, lo que parece indicar la escasa importancia que conceden los Tribunales penales a esta serie de conductas.

(123) STS de 22 de noviembre de 2000.

(124) SAP de La Rioja, de 21 de noviembre de 1997.

(125) SAP de Almería, de 10 de marzo de 1998 y de 16 de marzo del mismo año.

(126) SAP de Jaén, de 18 de mayo de 1998.

(127) SAP de Cáceres, de 25 de mayo de 1998.

(128) SAP de Badajoz, de 28 de enero de 1999.

(129) SSAP de Almería, de 31 de enero de 1998, de 14 de abril de 1998 y de 19 de mayo de 1998; SAP de Badajoz, de 10 de junio de 1998; SAP de Huesca, de 4 de diciembre de 1998.

(130) SAP de Almería, de 25 de noviembre de 1998; SAP de Granada, de 23 de enero de 1999.

(131) Así, *vid.* SAP de Almería, de 3 de junio de 1998.

La caza de todas las especies a que se ha aludido –incluidos los gorriones– no está específicamente prohibida –salvo la prohibición administrativa genérica a que antes se ha hecho referencia– pero tampoco expresamente autorizada por ninguna norma administrativa y, por tanto, formalmente su captura pasa a integrar la conducta del artículo 335 del Código penal. Pero, de nuevo, es preciso cuestionarse si el medio ambiente se pone en peligro por cazar, por ejemplo, jilgueros o gorriones y, además, si esa clase de conductas tienen la suficiente entidad como para que se ocupe de ellas la jurisdicción penal.

Evidentemente, la respuesta, de nuevo, ha ser negativa y, al igual que en el supuesto de los artículos 332 y 334 propugnar una interpretación restrictiva del precepto que pasa por constatar o probar la existencia de peligro para el medio ambiente cuando se caza alguna de esas especies cuya captura no se encuentra expresamente autorizada (132). Sin embargo, aquí nos encontramos con un problema adicional: el de la derogación tácita del artículo 335 del Código penal.

En efecto, la interpretación material que aquí se propone, esto es, atenta a la puesta en peligro del bien jurídico (133), conlleva que el artículo 335 nunca sea aplicable porque la caza o pesca de las especies que cabe incluir en el mismo nunca va a poner en peligro el bien jurídico medio ambiente –o, al menos, resultará ciertamente difícil probar este extremo– y, por tanto, la captura de esas especies quedará diferida al ámbito administrativo sancionador, con lo que, consecuentemente, el artículo 335 del Código penal quedará tácitamente derogado. No se me oculta que si una especie no se encuentra amenazada, esto es, incluida en algún catálogo administrativo de especies amena-

(132) Como se hizo, por ejemplo, en la SAP de Guadalajara de 12 de mayo de 1999. En este caso, el órgano jurisdiccional fundamentó la sentencia absolutoria –por la caza de un jilguero y un verderón común, especies cuya captura no estaba expresamente permitida– en la ausencia de lesión al bien jurídico medio ambiente; lesión que el Ministerio Fiscal, en el caso de autos, no probó y que, si se me permite añadir, resulta seriamente difícil de probar.

(133) Con una interpretación similar, *vid.* HAVA GARCÍA, E., *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, *op. cit.*, p. 326 y *passim*; también, realizando esa misma interpretación, *vid.* HAVA GARCÍA/MARQUÉS I BANQUÉ, «El delito de caza del artículo 335 del Código penal. Interpretación y aplicación a propósito de un caso real: el caso ceutí», *op. cit.*, pp. 81 ss.; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, «Artículos 332-337», *op. cit.*, p. 1612. También, *vid.* POLAINO NAVARRETE, M., «Delitos contra el medio ambiente en el Código penal español de 1995», en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, 1998, pp. 630-631, quien para la aplicación del tipo del artículo 335 propone una interpretación muy cercana al concepto de especies amenazadas, ya que exige que las agresiones sean «cualitativa y cuantitativamente peligrosas de las especies animales, causantes de extinción o grave perjuicio a la entidad de las especies animales específicamente protegidas».

zadas, pero su caza o pesca tampoco expresamente permitida –por razones que pueden ser muy distintas a la de la protección del medio ambiente, por ejemplo, el nulo interés cinegético de la especie, como suele ocurrir en una inmensa mayoría de supuestos–, su captura difícilmente podrá poner en peligro el bien jurídico medio ambiente porque no existe un peligro, ni siquiera abstracto, de desaparición de la especie. En consecuencia, a mi juicio, no queda ningún resquicio para la aplicación del artículo 335 del Código penal, salvo un único y contado supuesto muy residual, que, por otra parte, también es de difícil aplicación ante el obstáculo de probar el dolo del sujeto.

En efecto, en mi opinión, únicamente cabría la aplicación del artículo 335 del Código penal –realizando, como aquí se sostiene, una interpretación atenta al principio de lesividad u ofensividad– cuando se capture una especie materialmente amenazada pero formalmente no catalogada como tal. Esto es, cuando se capture una especie no autorizada y no cubierta por la declaración administrativa de amenazada –es decir, no catalogada todavía como tal por la Administración– y, sin embargo, esa especie sí se encuentre materialmente amenazada o en peligro de extinción y, no obstante, por desidia, tardanza u olvido de la Administración competente no haya sido incluida en los correspondientes catálogos de especies amenazadas. Esa conducta, en virtud de una aplicación estricta del principio de legalidad, quedaría fuera del artículo 334 –ante la inexistencia de catalogación (134), que es un requisito *sine qua non* para la aplicación del tipo del artículo 334 del Código penal (135)– pero sería subsumible en el artículo 335 precisamente porque su captura sí perjudica el equilibrio ecológico y no se encuentra expresamente autorizada. Sin embargo, para su aplica-

(134) En este mismo sentido, *vid.* SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, *op. cit.*, p. 118, quien expresamente afirma que «una especie puede estar en la práctica amenazada pero si no está incluida en el correspondiente catálogo no lo está a los efectos del artículo 334 del Código penal».

(135) No obstante, podría sostenerse que dado que el tenor literal del artículo 334 no remite expresamente a ningún catálogo administrativo, sino que se refiere de forma genérica a la captura de «especies amenazadas», la conducta de cazar una especie materialmente amenazada, pero todavía no incluida en ningún catálogo administrativo, podría inscribirse o subsumirse en el artículo 334 del Código penal, sin que por ello resultase vulnerado el principio de legalidad porque entraría en el tenor literal del precepto. Evidentemente, esta interpretación es posible, pero, si se observa, claramente conduciría a derogar *de facto* y no conceder ninguna operatividad al artículo 335. Si la postura que se sostiene en el texto concede a este último precepto un carácter meramente residual, esta otra interpretación conduce a una total derogación, puesto que no le concedería operatividad en ningún caso.

ción sería preciso constatar, reitero, la presencia del dolo del sujeto que debería abarcar, no sólo el hecho de encontrarse ante una especie cuya captura no estaba autorizada, sino, también, y más específicamente, ante una especie materialmente amenazada y, por tanto, abarcar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico medio ambiente (136); extremo éste que, salvo supuestos muy excepcionales, haría que el artículo 335 quedase, como ya se ha dicho, derogado *de facto* porque la realidad demuestra que una interpretación puramente formalista del mismo no respeta el principio de lesividad u ofensividad.

Sin embargo, esa derogación fáctica por obra de una interpretación atenta al principio de lesividad no significa negar protección a las especies de fauna que formalmente cabría inscribir en el tipo del artículo 335 –ni tampoco a las excluidas, conforme a esta misma interpretación, del artículo 334– porque, no olvidemos que, a este respecto, siguen existiendo las sanciones administrativas que, a mi juicio, resultan suficientes y, posiblemente, más efectivas para conculcar esta clase de conductas, aunque sólo sea porque, en la mayoría de los casos, resultan económicamente superiores. A este respecto, se puede decir que la inclusión en el Código penal de esta serie de conductas, además de acentuar el efecto puramente simbólico de los tipos penales, ha conseguido, en muchos casos, reducir las sanciones que ya se encontraban previstas en el ámbito administrativo. Es claro que, aunque ésa no fuese su finalidad, el efecto perverso de la penalización de esta clase de conductas resulta ciertamente patente y puede conducir a que a los infractores les resulte «más barato» el recurso al ámbito penal (137); de nuevo, y como afirma Muñoz Conde, al tipificar esta clase de conductas se está engañando a la opinión pública al ofrecerle unas perspectivas de solución a los problemas que luego no se verifican en la realidad, añadiendo que «mejor hubiera sido que muchos de estos comportamientos hubieran seguido siendo simples ilícitos admi-

(136) En otro caso, nos encontraríamos ante un error de tipo vencible o invencible –que tendrían idénticos efectos dado que en los artículos 332 y siguientes del Código penal no se prevé la comisión imprudente porque, posiblemente se quiso diferir estas conductas al ámbito administrativo sancionador–, cuestión en la que, por motivos de espacio, no es posible detenerse. En relación con la concurrencia de errores en los delitos relativos a la flora y fauna y su calificación como errores de tipo, en mayor extensión, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «El delito de caza y pesca ilegal (artículo 335 del Código penal): una interpretación restrictiva y acorde al bien jurídico tutelado», *op. cit.*, especialmente, pp. 80-81; y MUÑOZ LORENTE, J., «Los delitos contra la flora amenazada y la concurrencia de error de tipo excluyente de la infracción penal», *op. cit.*, pp. 49 ss.

(137) En relación con esta cuestión, *cfr. infra* el epígrafe siguiente relativo al principio de proporcionalidad de la intervención penal.

nistrativos» (138). Precisamente, esta última cuestión nos induce a plantear la escasa adecuación constitucional de los preceptos que aquí nos ocupan desde otro punto de vista; más concretamente, desde la óptica del principio constitucional de proporcionalidad.

III. NULO RESPETO POR EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD

Si los tipos penales que en concreto aquí se vienen examinando dan cuenta del nulo respeto por el principio de ofensividad o lesividad, no se puede decir menos si se les enfrenta con el principio constitucional de proporcionalidad. Un análisis conforme a este último desemboca nuevamente en su nula adecuación constitucional.

No obstante, es necesario precisar a qué me refiero cuando aludo al principio de proporcionalidad y, especialmente, fijar el contenido que aquí se le atribuye, puesto que no coincide con el que tradicionalmente se le suele asignar por la doctrina penalista.

En efecto, cuando aludo al principio de proporcionalidad no lo hago en el sentido tradicional (139), esto es, como adecuación o proporcionalidad entre el hecho cometido y la pena impuesta (140) —lo que se podría denominar como principio de proporcionalidad en sentido estricto—, sino en otro diferente y mucho más amplio. Esa concepción amplia del principio de proporcionalidad, en definitiva, no supone otra cosa que identificarlo con los tradicionales principios de necesidad de pena, fragmentariedad, subsidiariedad e intervención mínima (141) a los que tradicionalmente se recurre para legitimar la intervención penal o, en su caso, para criticar la extralimitación de

(138) MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», *op. cit.*, pp. 530-531.

(139) Proveniente de clásicos como Beccaria, Montesquieu, Lardizábal o Dorado Montero; al respecto, y en mayor extensión, *vid.* CUERDA ARNAU, M.^a L., «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. 1.^o, Valencia, 1997, p. 452.

(140) En relación con este entendimiento tradicional, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La idea moderna de la proporcionalidad de las penas», en Asúa Batarrita, A. (coord.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Bilbao, 1990, pp. 55 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte general I*, *op. cit.*, pp. 85-86; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, 4.^a ed., Barcelona, 1996, pp. 99-100.

(141) En este mismo sentido, llegando a esa misma identificación, *vid.* LASCURRAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 175; CUERDA ARNAU, M.^a L., «Aproximación al

dicha intervención. Así las cosas, el principio de proporcionalidad constitucional se dividiría en dos subprincipios (142) –el de proporcionalidad en sentido estricto y otro más amplio identificado, como se ha señalado, con el de intervención mínima o necesidad de pena– independientes entre sí y con una operatividad autónoma porque analizan la proporcionalidad desde ópticas diferentes.

El cambio de denominación, o la adopción de esa nueva denominación para referirse a los principios de subsidiariedad, intervención mínima, etc., no es arbitrario, sino que tiene una clara y nítida finalidad. Así, esos principios de subsidiariedad, intervención mínima, etc., carecen de un claro entronque constitucional y sirven de poco para limitar la labor del legislador penal; a lo sumo, su operatividad es únicamente crítica, esto es, sólo tienen una capacidad limitadora más teórica que práctica (143) y, como ya se ha señalado, sólo servirían para poner de relieve y criticar los dislates del legislador penal, lo que, sin duda, no es poco porque, como señala Roxin, esa crítica «es imprescindible para el progreso del Derecho Penal» (144). Sin embargo, precisamente, lo que se pretende con ese cambio de denominación –o su caracterización como una de las facetas del principio constitucional de proporcionalidad– es que los referidos principios efectivamente sirvan para limitar la cada vez más frecuente e imparable intervención penal a la que el legislador nos tiene acostumbrados en los últimos tiempos. El principio de proporcionalidad en sentido amplio –y su desarrollo por el Tribunal Constitucional (145)– goza de un claro entronque constitucional (146) y, por tanto, puede efectiva y

principio de proporcionalidad en Derecho Penal», *op. cit.*, p. 452. También, al respecto, *vid. ROXIN, C., Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, pp. 65-66, nm. 28-29; BUSTOS RAMÍREZ, J., «Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», *op. cit.*, pp. 103-104; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia, 1996, p. 77, y 5.ª ed., Valencia, 1999, pp. 85-86.

(142) En este mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *op. cit., passim*.

(143) En este mismo sentido, *vid. DE LA CUESTA AGUADO, P. M.*, «Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 1996, pp. 153-154; también ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 67, nm. 31.

(144) ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 67, nm. 31.

(145) En mayor extensión sobre el desarrollo realizado por la jurisprudencia constitucional, *vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.*, «La proporcionalidad de la norma penal», *op. cit., passim*; también, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 5.ª ed., *op. cit.*, pp. 83 ss.; CUERDA ARNAU, M.ª L., «El principio de proporcionalidad en Derecho Penal», *op. cit.*, pp. 461 ss.

(146) Así, en relación con los concretos preceptos constitucionales de los que cabe deducir su reconocimiento constitucional, *vid. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN,*

claramente servir para limitar la labor del legislador penal a través de una declaración de inconstitucionalidad del concreto precepto penal que no se adecue al referido principio.

El principio de proporcionalidad entendido en un sentido amplio significa analizar si existen otras medidas de menor intensidad coactiva que la intervención penal y de igual o superior eficacia que esta última (147); en definitiva, analizar si el recurso al Derecho Penal resulta necesario en un concreto ámbito. Si, tras un análisis comparativo entre las diversas formas de intervención, se llega a la conclusión de la existencia de esas formas de intervención igual de eficaces, o de superior eficacia, pero de menor intensidad coactiva —o lo que es idéntico, que supongan un menor coste de libertad para el ciudadano— que el recurso al Derecho Penal, entonces, habrá que concluir en la inconstitucionalidad de la intervención penal por resultar inadecuada al principio de proporcionalidad en sentido amplio. Los tipos penales que aquí se analizan son un claro ejemplo de desproporción en sentido amplio.

En efecto, si desde el punto de vista de la proporcionalidad en sentido estricto no es posible observar una desproporción entre la entidad de la conducta y la pena impuesta (148), sí es posible deducir esa desproporción al enfrentar los tipos con el análisis de la otra faceta del principio: la de la necesidad de pena.

En efecto, conforme a esta última, y aun a riesgo de ser reiterativo, es necesario realizar un análisis en términos de «coste de libertad» o lo que es idéntico: examinar si existen otras alternativas con menor coste de libertad que la intervención penal y con la misma o superior eficacia que esta última; la existencia de esas medidas alternativas menos costosas en términos de libertad hace que el recurso al Derecho Penal sea innecesario, en el sentido de desproporcionado y, en consecuencia, que la intervención penal devenga inconstitucional. Precisamente, eso es lo que ocurre en el supuesto de los tipos que aquí nos ocupan.

Derecho Penal. Parte general, 5.^a ed., *op. cit.*, pp. 81-82; también, CUERDA ARNAU, M.^a L., «El principio de proporcionalidad en Derecho Penal», *op. cit.*, pp. 461 ss.

(147) En este mismo sentido, *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *op. cit.*, 161-162.

(148) Porque en el caso de los artículos 332 y 334.1 se permite al Tribunal optar entre la imposición de una pena privativa de libertad o una de multa, y en el caso del artículo 335 la pena que cabe imponer es siempre de multa. Por otra parte, y como a continuación se verá, esa misma proporcionalidad en sentido estricto es también predicable de los referidos tipos por comparación con las que es posible imponer conforme al Ordenamiento administrativo que, como se comprobará, pueden ser de mayor cuantía que las penales.

Si comparamos los resultados de la intervención penal con los resultados de la intervención administrativa –porque conductas idénticas a las ahora comentadas están también descritas y expresamente previstas como infracciones administrativas–, el principio de proporcionalidad en su faceta de necesidad de pena hace que debamos decantarnos por la última forma de intervención aludida –la administrativa– y, en consecuencia, considerar inconstitucional la intervención penal. Ello es así, no sólo porque la intervención administrativa supone para el ciudadano un menor coste en términos de libertad –por su menor intensidad coactiva–, sino, sobre todo, porque, como mínimo, la intervención administrativa en el ámbito de la flora y la fauna es igual de eficaz o, incluso, se podría decir que más eficaz que la intervención penal. En efecto, se puede llegar a esta última conclusión si comparamos en abstracto las sanciones penales y las administrativas. De esa comparación es posible deducir que las sanciones administrativas en el marco de la flora y la fauna son superiores a las penales (149). Este hecho, sin duda, ya nos puede dar idea de la mayor eficacia preventivo-general y preventivo-especial de la intervención administrativa y del efecto perverso de la intervención penal que, como ya se ha señalado, consigue reducir las sanciones penales posibilitando que al sujeto infractor le resulte «más barato» el recurso al ámbito penal. Pero si esa comparación se realiza en concreto, esto es, descendiendo al plano de la realidad sancionatoria, esa misma idea se torna aún más evidente. Centrémonos simplemente en el análisis de cuáles son las penas impuestas por los Tribunales en relación con la caza de una concreta especie de fauna –el jilguero– que es la que ha dado lugar a un mayor número de sentencias condenatorias y que, con anterioridad, ya han sido citadas. Normalmente, en todos estos supuestos se ha impuesto la pena mínima que conforme al artículo 335 es posible imponer –4 meses de multa– a razón de 200, 300 o 500 pesetas/día; lo que hace un total de 24.000, 36.000 y 60.000 pesetas respectivamente. Ahora, compárense esas penas de multa con la impuesta, por ejemplo, por el Servicio de Disciplina Ambiental de la Comunidad Autónoma de Madrid, también, por la caza de un jilguero: un millón de pesetas (150). Ante

(149) Realizando un estudio comparativo de las sanciones penales y administrativas y llegando a idéntica conclusión, *vid.* HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», *op. cit.*, pp. 75 ss.; también, de la misma autora, *vid.* *Protección jurídica de fauna y flora*, *op. cit.*, pp. 345 ss.; al respecto, también, *vid.* SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, *op. cit.*, pp. 183-184.

(150) Fuente de esta última referencia: Diario *El País*, de 1 de diciembre de 1999.

este último dato, creo que resulta innecesario cualquier comentario adicional, salvo el de reiterar la mayor eficacia de la sanción administrativa frente a la penal y, por tanto, la desproporción que en términos de libertad supone la intervención penal en este ámbito.

IV. EL ARTÍCULO 335 DEL CÓDIGO PENAL: NULO RESPETO POR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. LA URGENCIA Y NECESIDAD DE UNA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD O, EN SU CASO, DE UNA SENTENCIA INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si hasta este momento se ha examinado la dudosa adecuación constitucional de algunos tipos relativos a la flora y la fauna desde el punto de vista del principio de lesividad –dudas superables, como se ha visto, a través de las interpretaciones restrictivas propuestas, atentas a la lesión o puesta en peligro del medio ambiente–, no se puede decir menos si se analiza la cuestión desde la óptica del principio de legalidad penal contenido en el artículo 25 de la Constitución.

En efecto, desde esta última perspectiva es también posible constatar el alcance de los errores cometidos por el legislador al tipificar las conductas relativas a la flora y fauna y expresar los fundados reparos de constitucionalidad que plantea el artículo 335 del Código penal. Éstos únicamente pueden ser superados a través de una declaración de inconstitucionalidad o, en su caso, a través de una interpretación restrictiva similar a la ya propuesta que, en mi opinión, cuando menos, debería venir avalada por una sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional, de tal forma que este órgano unificase y fijase las pautas a seguir por los distintos órganos jurisdiccionales en relación con la aplicación del artículo 335 del Código penal; sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional que prácticamente conllevaría los mismos efectos que una declaración de inconstitucionalidad puesto que aquélla, a mi juicio –de seguir los planteamientos que aquí se realizan– supondría, como con anterioridad se ha visto, una derogación tácita o de facto del artículo 335 del Código penal dado que la misma supondría aplicar el precepto en escasísimos, cuando no nulos, supuestos, puesto que adicionalmente sería necesaria la prueba del dolo del sujeto en relación con la puesta en peligro del bien jurídico.

En efecto, es el artículo 335 del Código penal el que plantea serias dudas de legitimidad desde el punto de vista del principio de legalidad penal como consecuencia de la técnica de tipificación empleada para

describir las conductas punibles (151); esa técnica es la de la ley penal en blanco. Como es sabido, en estos supuestos el legislador penal, en la descripción del tipo, con el fin de lograr una total integración y delimitación de la conducta punible, se remite a otras normas del Ordenamiento, generalmente normas extrapenales y de rango inferior a la ley.

En principio, se trata de una técnica legislativa cuya constitucionalidad ha sido expresamente admitida por el Tribunal Constitucional –y, más específicamente, en el caso del medio ambiente en el marco del delito ecológico (152)–, aunque rechazada por algún sector doctrinal –minoritario en la actualidad– que la considera totalmente inconstitucional (153). Por el contrario, el sector doctrinal mayoritario, alineándose con las tesis del Tribunal Constitucional (154), estima que no cabe concluir tan radicalmente en la inconstitucionalidad de las leyes penales en blanco, aceptando –a mi entender de forma acertada– una aplicación limitada de las mismas tras la constatación del cumplimiento en el tipo de ciertos requisitos para predicar su adecuación constitucional (155). Estos requisitos, en esencia, se centran en

(151) En este mismo sentido, *vid.* MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», *op. cit.*, p. 530.

(152) Así, por todas, *vid.* STC 127/1990.

(153) Así, por entender que esta técnica permite al Ejecutivo intervenir en el ámbito penal conculcando la reserva absoluta de ley en esta materia y, más concretamente, la reserva absoluta de Ley Orgánica. Al respecto, *vid.* COBO DEL ROSAL/BOIX REIG, «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, T. I, Madrid, 1982, p. 200. Específicamente en relación con los delitos relativos a la flora y fauna, y expresamente considerando que *todos ellos son inconstitucionales* precisamente como consecuencia de recurrirse en los mismos a las leyes penales en blanco que acaban por atribuir competencias penales a quienes carecen absolutamente de ellas, *vid.* SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, *op. cit.*, pp. 15-16 y, especialmente, pp. 19 ss.

(154) Que derivan, entre otras, de las SSTC 122/1987, 127/1990, 118/1992, 11/1993, 62/1994, 24/1996, 120/1998, 116/1999, y mucho más recientemente en la 60/2000.

(155) Así, entre otros, y en mayor extensión, *vid.* CASABÓ RUIZ, J. R., «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. V, 1982, pp. 235 ss.; DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999, especialmente, pp. 141 ss.; HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», *op. cit.*, pp. 65-66; MADRID CONESA, F., *Reserva de ley en materia penal y capacidad normativa de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985; MATA BARRANCO, N. de la, *Protección penal del medio ambiente y accesoriedad administrativa*, *op. cit.*, pp. 79 ss.; MOUREAU CARBONELL, E., «Relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal en la protección del medio ambiente», *Revista Española de Derecho Adminis-*

evitar que sea la Administración quien –burlando el principio de legalidad penal– delimite la frontera entre lo penalmente lícito y lo ilícito; en otros términos, tratan de evitar que sea la Administración quien se ocupe totalmente de delimitar cuáles son las conductas penalmente típicas y antijurídicas y cuáles dejan de serlo.

Esos requisitos de adecuación constitucional de las leyes penales en blanco son fundamentalmente de dos órdenes: en primer lugar, que el reenvío normativo sea expreso y se encuentre justificado en razón del bien jurídico protegido; en segundo lugar, que el tipo contenga el denominado «núcleo esencial de la prohibición», de tal forma que se satisfaga la exigencia de certeza en relación con la conducta delictiva sin necesidad de recurrir a las normas administrativas, esto es, que quede totalmente precisado en el tipo penal –con independencia de la remisión normativa– cuál es la conducta conminada con pena y, por añadidura, como derivación, qué conductas quedan excluidas del tipo.

Si analizamos la concurrencia de esos requisitos en el caso del artículo 335 es posible llegar a la conclusión de que el mismo –como ya expresamente ha señalado el Tribunal Supremo en la primera resolución en que se ha ocupado del referido precepto– «no supera los mínimos exigibles para la constitucionalidad» (156). Es más, en el mejor de los casos, sólo cumple con el primero de ellos.

En efecto, respecto al reenvío normativo expreso y la justificación en razón del bien jurídico protegido, se podría decir que sí concurre –recordemos que el tipo del artículo 335 explícitamente alude a «las normas específicas en la materia»– aunque no faltan voces discrepantes –tanto doctrinales (157) como jurisprudenciales (158)– que señalan lo contrario en relación con la existencia de una verdadera remisión expresa. No obstante, considero irrelevantes esas dudas toda vez que, cuando no existe una clara remisión expresa, efectivamente

trativo, núm. 87, p. 391; ORTEGA MARTÍN, E., «Los delitos contra la flora y la fauna», *op. cit.*, pp. 403 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, «¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Penal?», *La Ley*, 1993, vol. I, pp. 964 ss.

(156) Así, *vid.* STS de 8 de febrero de 2000. Sin embargo, en esta resolución, a pesar de las claras afirmaciones en relación a la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal, el Tribunal Supremo optó por no presentar en el caso concreto una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, extremo sobre el que ya me he pronunciado críticamente en otro lugar, así, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal: vulneración del principio de legalidad penal. Su interpretación restrictiva», *op. cit.*, especialmente, pp. 65 ss.

(157) Así, *vid.* SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, *op. cit.*, p. 22.

(158) Así, *vid.* SAP de Navarra, de 10 de octubre de 1997.

no estamos ante una ley penal en blanco pero nos encontramos ante una institución muy similar; en efecto, nos encontramos ante lo que se denomina un elemento normativo-jurídico del tipo que, en esencia, resulta ser coincidente con el de las leyes penales en blanco (159) y, por tanto, considerar que el primero de los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional sí concurre.

Lo mismo se podría decir de la concurrencia de la justificación de la remisión en razón del bien jurídico protegido. La naturaleza de éste —el medio ambiente— no permite otra alternativa que la de recurrir a la remisión normativa (160), aunque ésta se haya calificado en alguna ocasión como «técnica exponente de la “pereza legislativa”» (161). Imaginemos lo que podría ocurrir si el artículo 335 del Código penal especificase todas y cada una de las especies cuya caza o pesca no está expresamente autorizada: nos encontraríamos ante un precepto enormemente extenso que, por otra parte, debería reformarse con bastante frecuencia —dependiendo de las necesidades cinegéticas— para incluir o excluir del tipo objetivo ciertas especies (162) —a medida que fuesen cambiando las condiciones biológicas de las mismas—, sin olvidar, además, que debería distinguir entre las especies no autorizadas en cada una de las Comunidades Autónomas que componen el mapa español dado que son aquéllas las que —*ope Constitutione* (163)— tie-

(159) Al respecto, sobre estos últimos extremos, en relación a lo que se denomina remisiones tácitas o concluyentes y su identificación con los elementos normativo-jurídicos del tipo, *vid.*, siguiendo a Silva Sánchez, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico. Parte general, op. cit.*, pp. 124-125; también, LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte general I, op. cit.*, p. 149.

(160) Y así lo declaró ya expresamente el Tribunal Constitucional en su STC 127/1990, relativa al delito ecológico. También, considerando que la ley penal en blanco es el único recurso para proteger el ambiente si se quiere hacer con certeza y seguridad jurídica, *vid.* MATA BARRANCO, N. J., «Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente», en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. 1, Valencia, 1998, p. 594; en idénticos términos, considerando que la técnica del reenvío es inevitable por el dinamismo de la materia medioambiental, *vid.* TERRADILLOS BASOCO, J., «El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa», *op. cit.*, p. 90.

(161) Así, *vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Informática y Derecho Penal», en AA.VV., *Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información*, Madrid, p. 47.

(162) Y no está de más recordar que esa reforma habría de llevarse a cabo a través de una Ley Orgánica, con los problemas que supone requerir para la reforma una mayoría cualificada, porque el artículo 335 del Código penal no es un precepto de los que tengan carácter ordinario conforme a la Disposición Final 6.ª del Código penal.

(163) Y, por declaración expresa del Tribunal Constitucional. Así, *vid.* STC 102/1995, de 26 de junio.

nen la competencia exclusiva para determinar las especies cazables o pescables en su respectivo ámbito territorial.

Sin embargo, no se puede decir lo mismo respecto del otro requisito a que antes se ha aludido –que el tipo contenga el denominado «núcleo esencial de la prohibición» y que se satisfaga la exigencia de certeza en relación con la conducta prohibida–. En efecto, si nos detemos en el análisis de su concurrencia podemos llegar a la conclusión de que los mismos se quebrantan en el caso del artículo 335 del Código penal porque en el mismo no es posible apreciar un núcleo esencial de la prohibición ni, por supuesto, un mínimo de certeza en relación con las conductas punibles y su diferenciación respecto a las que habrían de considerarse atípicas.

La concurrencia de estos requisitos tiene un método de análisis relativamente fácil: supone que el tipo penal –prescindiendo mentalmente de la remisión a las normas administrativas– ha de describir la conducta punible con un cierto grado de taxatividad; esto es, que se concrete de algún modo –reitero, sin la remisión a las normas administrativas– el ámbito formal y material de la prohibición. En definitiva, que sea posible identificar, aunque sea de una forma muy básica, qué conductas serán sancionables conforme a ese tipo. En otros términos, que prescindiendo de las remisiones a las normas administrativas podamos apreciar una posible regulación independiente del delito y de las conductas que lo integran, determinando un ámbito de injusto material propio (164). Esto, evidentemente, supone que el tipo no se encuentra subordinado al albur de lo que determine el Poder Ejecutivo –las normas administrativas– que, en estos supuestos, aparece representado por las Comunidades Autónomas dado que tienen una competencia absoluta sobre la materia. En este sentido, conviene no olvidar que la remisión a las normas administrativas extrapenales tiene la virtualidad de limitar o delimitar esas conductas que básicamente vienen ya definidas en el tipo; en otros términos, la remisión, al contrario de lo que se pudiera creer, no amplía el marco de lo punible, sino que, precisamente, opera reduciendo el ámbito de las conductas punibles establecidas ya básicamente sin remisión a las normas extrapenales.

Sin embargo, como expresamente ha señalado el Tribunal Supremo, en el caso del artículo 335, «la acción típica queda íntegramente remitida a la normativa administrativa», que, precisamente,

(164) O, como señala Terradillos Basoco, que el ataque y la entidad del mismo hayan sido definidos en la ley penal. TERRADILLOS BASOCO, J., «El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa», *op. cit.*, p. 90.

«no se limita a completar o delimitar el tipo delictivo, sino que lo fundamenta y define de modo prácticamente autónomo» (165). Veamos todas estas circunstancias recurriendo a un supuesto ejemplificativo para, con posterioridad, analizar si concurren en el caso del artículo 335 del Código penal.

Pensemos, por ejemplo, en el supuesto del artículo 325 del Código penal, el delito ecológico consistente en la realización de vertidos que puedan perjudicar el medio ambiente, en el que parece comúnmente aceptado que el núcleo esencial de la prohibición se encuentra presente y así lo ha declarado expresamente el Tribunal Constitucional en su STC 127/1990 (166). Si eliminamos mentalmente la referencia a las normas administrativas tenemos que el núcleo esencial de la prohibición se describe en el tipo: éste consiste en la realización de vertidos, emisiones, etc., en el suelo, subsuelo, atmósfera, etc.; pero no cualquier clase de vertidos, sino como se señala expresamente en el tipo, aquellos que puedan «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». Es decir, podemos saber, sin necesidad de acudir a las normas administrativas, hacia dónde se dirige la prohibición: a la realización de vertidos, etc., que, además, puedan perjudicar gravemente los sistemas naturales (167); en otros términos, sin la remisión a las normas administrativas resulta cierto y predecible cuál es el injusto material básico (168) —y cuáles las conductas atípicas—, es decir, hacia qué conductas se dirige la prohibición: no a toda clase de vertidos, sino únicamente a aquellos que perjudiquen gravemente los sistemas naturales. Nótese que, en este supuesto, la remisión a las normas administrativas —«contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente», se dice en el artículo 325 del Código penal—, en principio, resulta ser total-

(165) Así, *vid.* STS de 8 de febrero de 2000.

(166) Aunque los pronunciamientos realizados en esta resolución vienen referidos al artículo 347 bis del antiguo Código penal, son perfectamente trasladables al artículo 325 del nuevo Código, heredero del anterior y muy similar, por no decir casi idéntico.

(167) Es importante esta última precisión porque, sin la referencia a ese perjuicio grave para los sistemas naturales, el tipo no contendría el núcleo esencial de la prohibición dado que no determinaría cuáles de todas las conductas consistentes en vertidos habrían de tener relevancia penal. En este hipotético supuesto sería la Administración quien, mediante las normas de remisión, determinaría totalmente qué vertidos tendrían relevancia penal.

(168) O, como señala Morales Prats, «el precepto penal ha fijado criterios de desvalor sustancial». MORALES PRATS, F., «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», *op. cit.*, p. 483.

mente superflua para determinar el injusto material si no fuera porque esa remisión tiene la función de concretar o acotar aún más el núcleo de la prohibición, el injusto típico, que ya viene definido en el tipo sin esa remisión. Es decir, la remisión no define el ámbito de lo punible –no indica cuáles de todos los vertidos tienen relevancia penal–, sino que únicamente lo concreta determinando que sólo serán punibles aquellos vertidos que, además de perjudicar gravemente los sistemas naturales (169), se realicen contraviniendo la normativa administrativa.

Lo mismo se puede decir de un precepto muy similar en su redacción al del artículo 335 del Código penal y, por esta circunstancia, se recurre a él aunque el bien jurídico protegido no sea el medio ambiente. Me refiero concretamente al artículo 363.4 del mismo cuerpo legislativo cuya conducta típica consiste en elaborar o comerciar con productos «cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud» exigiendo, además, que con esa conducta se ponga «en peligro la salud de los consumidores» (170). La conducta, prescindiendo de la remisión a las normas administrativas, no consiste en elaborar o comerciar con cualesquiera productos, sino sólo con aquellos que fueran perjudiciales para la salud y que, además, efectivamente, la pongan en peligro. Por tanto, el núcleo esencial de la prohibición –reitero, sin referencia a las normas administrativas– se encuentra totalmente determinado puesto que la conducta típica está concretada a través de la referencia al perjuicio para la salud y de la exigencia de una efectiva puesta en peligro –este núcleo, además, permite saber qué conductas son atípicas–. De esta forma, la remisión a las normas administrativas acota aún más ese núcleo esencial de la prohibición reduciendo el elenco de conductas que se podrían subsumir en el mismo si no existiese la remisión.

Sin embargo, esto no ocurre en el caso del artículo 335 del Código penal puesto que este precepto, ni siquiera de modo básico, define qué es lo que está prohibido o, si se quiere, lo define pero con una carencia absoluta de injusto material que, además, no permite diferenciar las conductas típicas hacia las que se dirige la prohibición de las que resultan atípicas. En efecto, si procedemos a eliminar mentalmente la remisión a las normas administrativas –como hemos hecho respecto de los artículos 325 y 363.4–, en el concreto caso del artícu-

(169) En este mismo sentido, *vid.* ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», *op. cit.*, p. 10.

(170) En mayor extensión sobre este precepto, por todos, *vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, Madrid, 2000, pp. 39 ss.

lo 335 nos vemos abocados a afirmar que no se describe el núcleo esencial de la prohibición; o, en el mejor de los casos, y de sostener que ese núcleo sí concurre –y que consistiría simplemente en cazar o pescar– acabaríamos nuevamente por desembocar en la carencia absoluta de injusto material en la definición de ese núcleo esencial de la prohibición –o, de otro modo dicho, a sostener que lo que protege el artículo 335 es la vida de los animales y de los peces–. Si se me permite la licencia, en un tono coloquial se podría decir que «nos quedamos sin tipo» o que éste es tan amplio y enormemente extenso que permite incriminar, sin diferencia, todas y cada una de las conductas de caza o pesca. En definitiva, por ambas vías, podemos llegar a idéntica conclusión: sin remisión a la normativa administrativa, no sabemos qué conductas de caza o pesca están prohibidas y cuáles son atípicas; lo único que sabemos es la pena que se les puede imponer.

En efecto, la fórmula de la eliminación mental de la remisión a las normas extrapenales sólo nos permite deducir que lo penalmente anti-jurídico –esto es, el núcleo esencial de la prohibición– es simplemente –¡lo que no es poco!– cazar o pescar y la pena que cabe imponer a esas conductas, sin que ese núcleo de la prohibición exija la concurrencia de algún requisito adicional que nos ayude y permita distinguir las conductas de caza o pesca penalmente relevantes de aquellas otras que carecen de esa relevancia. En otros términos, ese supuesto núcleo esencial de la prohibición en absoluto concreta, ni siquiera de forma básica o mínima, las conductas hacia las cuales pretende dirigirse la prohibición penal; salvo, claro está, que puesto que se trata de una cuestión eminentemente valorativa, se sostenga que la prohibición penal se dirige simple y llanamente a las meras conductas de caza o pesca sin importar ni las especies ni si esas conductas afectan o no al medio ambiente; en cuyo caso, y como ya se denunció, el artículo 335 no sería otra cosa que la elevación a la categoría de delito de un mero ilícito administrativo derivado de la prohibición genérica de caza y pesca contenida en los artículos 26.4 y 33.1 de la Ley 4/1989. En definitiva, sin la referencia a las normas administrativas, el precepto no permite discriminar entre aquellas conductas de caza o pesca con relevancia penal y aquellas otras que no la tienen, porque recordemos que en sí esas conductas –las de cazar y pescar– son valorativamente neutras para el Derecho Penal o, al menos, no contienen un núcleo (des)valorativo de tal entidad como para que puedan ser inscritas en el ámbito penal.

Sin duda alguna, todos los problemas que plantea el artículo 335 del Código penal y su falta de núcleo esencial de la prohibición se habrían solucionado con añadir en la redacción del tipo una simple

referencia a otros elementos «de aptitud» (171) que, de forma inequívoca, concretaran aún más las conductas –sin remisión a las normas administrativas– y permitieran descubrir hacia dónde se dirige la prohibición diferenciando aquellas conductas de caza o pesca con entidad penal, de aquellas otras que no la tienen. Esta circunstancia se habría conseguido con la incorporación en la descripción típica de términos como «de manera descontrolada» o, como se hace en otros preceptos de la misma sección, «de modo que perjudique el equilibrio biológico» (artículo 333 del Código penal) o «eficacia destructiva para la fauna» (artículo 336). En estos concretos supuestos, el núcleo esencial de la prohibición –esto es, sin remisión a la normativa administrativa– sí permite identificar –aunque sea de forma mínima– las concretas conductas hacia las que se dirige la prohibición penal y, lo que también resulta relevante, cuáles quedan excluidas de la misma.

Sin embargo, en el supuesto del artículo 335 del Código penal sólo podemos concretar las conductas de caza o pesca prohibidas penalmente –y, por exclusión, las atípicas– si nos remitimos a la normativa administrativa que, en realidad, es la única que introduce en el tipo un elemento de desvalor. En consecuencia, es ésta la que, en realidad, está definiendo qué conductas constituyen el objeto de la prohibición y cuáles no. Nótese que el tipo adopta un modelo de intervención penal excesivamente dependiente de las normas extrapenales o, si se quiere, adopta un modelo de accesoriad administrativa absoluta y, como señala Morales Prats, en estos casos se produce un notable desprecio a la autonomía del Derecho Penal a la hora de fijar los postulados valorativo-teleológicos de la intervención punitiva, añadiendo, como ya se ha visto con anterioridad, que «el principio de ofensividad al bien jurídico se desvanece» (172).

En definitiva, se puede decir que conforme al artículo 335 del Código penal son las Comunidades Autónomas –cada una en su concreto ámbito territorial– quienes señalan lo que está penalmente prohibido sin que el Parlamento haya definido o concretado, aunque sea de forma básica, las conductas de caza o pesca que materialmente poseen relevancia penal y las haya delimitado respecto de otras conductas de caza y pesca que no la poseen. Esta circunstancia, como se

(171) Respecto a éstos, por todos, *vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico. Parte general*, *op. cit.*, pp. 110 ss. y p. 116, en la que expresa cómo la utilización de esta clase de elementos de aptitud conculca la naturaleza puramente formal de los tipos pertenecientes al denominado Derecho Penal accesorio.

(172) MORALES PRATS, F., «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», *op. cit.*, p. 477.

puede advertir, supone una clara y absoluta degradación del principio de reserva de ley y, por ende, del de legalidad contenido en el artículo 25.1 de la Constitución porque, en definitiva, es el órgano administrativo el que totalmente fija y define lo que está penalmente prohibido y lo que está permitido.

Por último, me gustaría llamar la atención sobre un extremo también relativo a la técnica de tipificación empleada. Nótese que el tipo no remite a lo que está expresa y concretamente prohibido en el ámbito administrativo –por ejemplo, no tipifica la caza de concretas y determinadas especies cuya captura se encuentre prohibida expresamente por las normas administrativas, como ocurre, por ejemplo, en los casos de los artículos 332 y 334 al encontrarse las especies concretamente catalogadas–, sino que el tipo se extiende a todo aquello que, sin estar expresa y concretamente prohibido, tampoco está expresamente permitido; es decir, se extiende a conculcar o prohibir la caza de especies cuya captura no esté expresamente prohibida, pero tampoco expresamente permitida. Esta técnica legislativa –prohibir conductas que no se encuentran expresamente prohibidas por el ordenamiento administrativo, sino no expresamente permitidas–, que se podría denominar de remisión por omisión, constituye un método que resulta poco compatible con el principio de legalidad. Se trata, por el contrario, de una técnica más propia de un Estado totalitario en el que no sólo se impide hacer todo aquello que esté expresamente prohibido, sino, además, también, aquello que no se encuentre expresamente permitido.

Todas estas circunstancias, a mi juicio, han de conducir a una declaración de inconstitucionalidad o, cuando menos, a que el Tribunal Constitucional realice una interpretación de adecuación constitucional del precepto que, necesariamente, habrá de ser restrictiva exigiendo, en todo caso, para poder aplicar el tipo, una férrea atención al principio de lesividad u ofensividad. Ésta, a mi entender, es la única forma de evitar que sean las Comunidades Autónomas quienes definan en su totalidad las conductas delictivas conforme al artículo 335 del Código penal.

Evidentemente, tras las anteriores afirmaciones, también se podría argumentar que los artículos 332 y 334 del Código penal adolecen de la misma suerte de inconstitucionalidad (173) por no cumplir con los

(173) Así, rechazando la viabilidad constitucional de todos los preceptos penales relativos a la flora y fauna por la técnica de tipificación empleada, *vid.* SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, *op. cit.*, pp. 19 ss.

requisitos de expresar en el tipo el núcleo esencial de la prohibición y la exigencia de certeza en la conducta prohibida. A primera vista podría ser así, sin embargo, es preciso negar tal conclusión. En efecto, si mentalmente suprimimos la remisión tácita a los catálogos de especies amenazadas –o más concretamente, si suprimimos mentalmente la existencia de dichos catálogos–, la conducta descrita en el tipo consistiría en cazar o pescar especies amenazadas. Pero, a mi juicio, esta circunstancia no supone que, al menos el requisito del núcleo esencial de la prohibición, no concurra; otra cosa se podría decir respecto a la exigencia de certeza aunque, en mi opinión, también concurriría.

En efecto, el núcleo esencial de la prohibición se encontraría presente porque en los últimos preceptos citados el mismo concepto de especie amenazada –aun sin recurrir a los catálogos de tales especies– ya supone, como veíamos antes, entender que la supervivencia de esa especie se encuentra seriamente cuestionada y, en consecuencia, a través de ese concepto se está exigiendo, cuando menos, la puesta en peligro del bien jurídico medio ambiente; ese núcleo esencial ya contendría, aunque mínimamente, un injusto material que permitiría discernir hacia qué conductas se dirige la prohibición delimitándolas de aquellas otras que quedarían extramuros de la prohibición penal. Naturalmente, la concurrencia de ese peligro habría de determinarse caso por caso –lo que haría que el requisito de la certeza no concurriese plenamente– pero, de cualquier modo, aunque mínimamente, el núcleo esencial de la prohibición se encontraría previsto en el tipo dado que éste centraría su actuación no en la caza o pesca de todas las especies, sino única y exclusivamente en una clase de las mismas: aquellas cuya supervivencia estuviere amenazada y, con ello, también puesto en peligro el medio ambiente. En otros términos, si suprimimos mentalmente los catálogos de especies amenazadas es todavía posible identificar, aunque básicamente, cuál es la conducta prohibida y, por tanto, no sería necesaria la declaración de inconstitucionalidad en relación con los artículos 332 y 334 del Código penal.

Por el contrario, en el supuesto del artículo 335 sí creo que resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad o, en su defecto, si se quiere salvar la constitucionalidad del precepto, una sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional que fije los términos en que ha de interpretarse y aplicarse el artículo 335: esto es, como ya se ha señalado con anterioridad, atendiendo a la existencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; a mi juicio, ésta es la única forma de interpretar el precepto de acuerdo a los parámetros constitucionales que han de regir los tipos penales introduciendo un

requisito interpretativo de lesividad que, por omisión, no fue introducido por el legislador penal de 1995 (174). Sin embargo, esa interpretación, como ya se ha visto con anterioridad, conlleva una derogación tácita del precepto puesto que lo hace inaplicable salvo casos muy excepcionales, por no decir insólitos o impensables en la práctica.

Hasta ahora, los Tribunales que han puesto de relieve la inconstitucionalidad del precepto han optado por no plantear una cuestión de inconstitucionalidad alegando la inaplicación del artículo 335 al supuesto de autos (175), precisamente por estimar que el bien jurídico medio ambiente no resultaba lesionado por la captura de la concreta especie cuya caza o pesca no se encontraba autorizada (176).

Sin embargo, habida cuenta que la mayoría de los Tribunales se han mostrado partidarios de una interpretación puramente formalista del precepto y lo han aplicado, como hemos visto, en numerosas ocasiones (177), a mi juicio, se hace necesario, conveniente y, hasta se puede decir que urgente, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. De este modo, el Tribunal Constitucional, o bien declarar el precepto inconstitucional, o bien, en virtud del principio de conservación de los preceptos del Ordenamiento –para salvaguardar su constitucionalidad– dictaría una sentencia interpretativa que, a mi juicio, y en lo sustancial, no habría de variar mucho en sus consideraciones respecto a las interpretaciones restrictivas –atentas a la lesión o puesta en peligro del medio ambiente– que, tanto aquí, como en otros lugares, ya he propuesto. Si todos los Tribunales realizasen interpreta-

(174) En general sobre la necesidad de reformar toda la legislación penal para mejorar su lenguaje adaptándola a los principios de taxatividad y lesividad, *vid.* FERRAJOLI, L., «Garantías», *Jueces para la Democracia*, núm. 38, julio de 2000, p. 43.

(175) Así, *vid.* STS de 8 de marzo de 2000 y SAP de Guadalajara de 12 de mayo de 1999. Críticamente sobre la ausencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «Algunas notas sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal. Vía interpretativa para su adecuación constitucional», *op. cit.*, especialmente, pp. 61 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «De nuevo, sobre la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal: vulneración del principio de legalidad penal. Su interpretación restrictiva», *op. cit.*, especialmente, pp. 65 ss.

(176) Otras sentencias han intentado evitar la aplicación del precepto a través de vías un tanto heterodoxas como ocurrió, por ejemplo, en el caso de la SAP de La Rioja, de 4 de mayo de 1998, en la que, para no condenar al acusado –pescador fluvial de una especie cuya captura no estaba expresamente autorizada– se argumentó la inexistencia de pruebas evidentes y rotundas en relación con la captura porque, según el Tribunal, también era posible «que la presa [un pez] se introdujera [por sí sola] en el bote, incluso por su oficio superior» (*sic*).

(177) Cfr. *supra*.

ciones materiales del precepto, no habría necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, la permanencia del artículo 335 y la ausencia de un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional posibilitan que el precepto siga siendo interpretado y aplicado de manera puramente formalista por los Tribunales, incluido el más alto órgano de la jurisdicción ordinaria: el Tribunal Supremo. En efecto, si antes se ha señalado que este órgano en la primera ocasión en que se ocupó del artículo 335 –STS de 8 de febrero de 2000– afirmó que dicho precepto no superaba los mínimos exigidos para la constitucionalidad (178), con posterioridad el mismo órgano, en la STS de 22 de noviembre del mismo año, se olvidó por completo de esas y de otras afirmaciones anteriores (179) hasta el punto de no plantear ninguna duda de constitucionalidad, ni de hacer ningún amago de interpretación restrictiva del precepto. En definitiva, en la resolución de 22 de noviembre de 2000, el Tribunal Supremo nos ha devuelto al pasado: a la interpretación y aplicación puramente formal de los delitos contra la flora y la fauna.

Por todas esas circunstancias, como vengo sosteniendo, se hace necesario plantear una cuestión de inconstitucionalidad. En este sentido, tanto una declaración de inconstitucionalidad, como un pronunciamiento interpretativo de adecuación constitucional del precepto –realizado, naturalmente, por el Tribunal Constitucional– vincularían a todos los órganos jurisdiccionales (180) –incluido, por supuesto, el Tribunal Supremo– que, en virtud de lo preceptuado en el artículo 5.1 de la LOPJ, habrían de guiarse por las directrices emanadas del máximo interprete de la Constitución que, en todo caso, reitero, deberían estar atentas a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico medio ambiente en la aplicación del tipo. Habremos de esperar para ver si algún órgano jurisdiccional se decide a aceptar el guante que desde aquí se les lanza en relación con el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

(178) Aunque optó por no plantear una cuestión de inconstitucionalidad por considerar que el artículo 335 no era de aplicación al caso de autos.

(179) Así, concretamente las realizadas en la STS de 19 de mayo de 1999, como se ha visto en relación con la interpretación material y restrictiva del artículo 334 y del concepto de «especies amenazadas».

(180) Sobre la posición de la doctrina del Tribunal Constitucional y su incidencia y vinculación para los Tribunales inferiores, entre otros, en mayor extensión, *vid.* PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1984, pp. 44 ss.; PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Madrid, 1998, pp. 61 ss.; SANTOS VIHIANDE, J. M.^a, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los Tribunales ordinarios*, Granada, 1995.

V. CONCLUSIONES

Tras todas las consideraciones realizadas con anterioridad, a mi juicio, es posible concluir señalando la extralimitación del legislador penal de 1995 en el ámbito de la flora y la fauna. Extralimitación que, quizás, ha sido inconsciente pero que, aparte de sobrepasar ciertos límites infranqueables del *ius puniendi* propio de un Estado de Derecho, conlleva un efecto perverso y contrario al pretendido porque, en muchos casos, siguen siendo más efectivas las sanciones que cabe imponer en el orden administrativo sancionador para esta clase de conductas, siquiera porque suelen ser de mayor cuantía a las realmente impuestas por los órganos jurisdiccionales. Esta circunstancia nos conduce de plano a afirmar la desproporción con que se ha guiado el legislador de 1995 al tipificar las conductas aquí examinadas y, en consecuencia, también, a afirmar su inconstitucionalidad desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

Pero, con independencia de ese efecto perverso, quiero creer que inconsciente, y que aquí sólo se ha apuntado, en el presente análisis se ha tenido ocasión de comprobar cómo los tipos penales protectores de la flora y la fauna, en algunos casos, no respetan otras de las más mínimas exigencias derivadas de un Derecho Penal inscrito en el seno de un Estado de Derecho. Ello ocurre, por ejemplo, con el nulo respeto por el principio de ofensividad o lesividad ya que es posible apreciar cómo muchas de las conductas que formalmente cabe inscribir en los tipos, en realidad, no están protegiendo ningún bien jurídico o, lo que es idéntico, tras su subsunción en el tipo, no es posible apreciar ninguna suerte de injusto material propio del ámbito penal. Con esa subsunción el bien jurídico protegido no se pone en peligro, ni siquiera de forma abstracta y, aun así, ya existen numerosas sentencias condenatorias por esta clase de delitos.

En esta tesitura, no queda otra opción que estimar que se trata de tipos con una mera función simbólica —y no de tipos que pretendan proteger un bien jurídico— que sólo puede ser superada a través de interpretaciones sumamente restrictivas y atentas al principio de lesividad —esto es, atentas a la puesta en peligro del medio ambiente— que acabarán considerando atípicas una gran mayoría de conductas que, desde un punto de vista formal, cabe inscribir en el tipo. Esas interpretaciones materiales y restrictivas pasan por ser la única fórmula para predicar la legitimidad constitucional de los delitos relativos a la flora y la fauna y de la intervención del legislador penal en este ámbito.

Del mismo modo, esas interpretaciones atentas al principio de lesividad son capaces de salvar la constitucionalidad de tipos, como el

artículo 335 del Código penal, aquejados de inconstitucionalidad por la técnica legislativa empleada que, en realidad, deja en manos de las Comunidades Autónomas la determinación del hecho punible. La única forma de evitar este hecho pasa, también, por realizar interpretaciones atentas al principio de lesividad, esto es, interpretaciones que tengan en cuenta si con la caza o pesca de determinadas especies se pone en peligro el bien jurídico que se dice proteger y que, efectivamente, hay que proteger pero sólo frente a conductas que claramente lo pongan en peligro. En cualquier caso, y para evitar que los Tribunales sigan aplicando el artículo 335 del Código penal al realizar interpretaciones puramente formales del mismo, lo más conveniente es el planteamiento urgente de una cuestión de inconstitucionalidad cuya solución no necesariamente habrá de conllevar la declaración de inconstitucionalidad, sino que bastaría con una sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional que fijase las pautas a seguir por los operadores jurídicos a la hora de aplicar correctamente el tipo. Pautas que, a mi juicio, no han de ser muy distintas a las interpretaciones aquí propuestas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, P. A., «El Derecho Penal en la intervención de la política populista», en AA.VV.: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Bien jurídico y Constitución», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, 1991.
- ARROYO ZAPATERO, L., «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987.
- «Derecho Penal económico y Constitución», *Revista Penal*, núm. 1, 1997.
- BARATTA, A., «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El medio ambiente como bien jurídico», en Terradillos Basoco, J. (ed.), *El delito ecológico*, Madrid, 1992.
- BERNARDI, A., *La tutela penale dell'ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie*, Ferrara, 1997.
- BOIX REIG, J., en VIVES ANTÓN, T. S. et alii, *Derecho Penal. Parte especial*, 3.^a ed., Valencia, 1999.
- BOIX REIG/JAREÑO LEAL, «Artículos 332-337», en Vives Antón, T. S. et alii: *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996.
- BOU FRANCH/ROVIRA DUADÍ, «La legitimación de las generaciones venideras en la protección y defensa del medio ambiente», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1997.

- BUSTOS RAMÍREZ, J., «Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.
- CALVO CHARRO, M., *Sanciones medioambientales*, Madrid, 1999.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Reflexiones sobre el concepto de Derecho Penal», en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1998.
- CASABÓ RUIZ, J. R., «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. V, 1982.
- COBO DEL ROSAL/BOIX REIG, «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en Cobo del Rosal (dir.): *Comentarios a la legislación penal*, t. I, Madrid, 1982.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 4.^a ed., Valencia, 1996.
- *Derecho Penal. Parte general*, 5.^a ed., Valencia, 1999.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio-ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho Penal», en Picó Lorenzo, C. (dir.): *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1997.
- «De los delitos relativos a la protección de la flora y fauna», en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1997.
- CUERDA ARNAU, M.^a L., «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1997.
- CUESTA AGUADO, P. M. DE LA, «Algunas consideraciones acerca de la necesidad de protección del medio ambiente como bien jurídico», *Anales de la Universidad de Cádiz*, núm. XI, 1996.
- «Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 1996.
- DOVAL PAÍS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999.
- FERRAJOLI, L., «Garantías», *Jueces para la Democracia*, núm. 38, julio de 2000.
- GIUNTA, F., «Il Diritto Penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 69, 1983.
- *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, Madrid, 1984.
- «Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo», en *II Jornadas de Derecho Penal*, Colegio Universitario de Toledo, Toledo, 1984.
- «La idea moderna de la proporcionalidad de las penas», en Asúa Batarrita, A. (coord.): *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Bilbao, 1990.

- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La protección penal del derecho a la intimidad», en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, 1994.
- «Apuntes de Cátedra sobre la Introducción al Derecho Penal», inédito.
- *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid, 2001.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *Poder Judicial*, núm. 28, 1992.
- HASSEMER, W., «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.
- HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», en Terradillos Basoco, J. (ed.): *Derecho Penal del medio ambiente*, Madrid, 1997.
- *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, Madrid, 2000.
- HAVA GARCÍA/MARQUÉS I BANQUÉ, «El delito de caza del artículo 335 del Código penal. Interpretación y aplicación a propósito de un caso real: el caso ceutí», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 2, 1999.
- HEINE, G., «El Derecho Penal ambiental alemán y español: un estudio comparado desde la perspectiva de la consideración de la futura convención europea sobre el Derecho Penal del medio ambiente», *Cuadernos de Política Criminal*, 1997.
- HERZOG, F., «Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho Penal en peligro)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993.
- «Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo», *Revista Penal*, núm. 4, 1999.
- HORMAZÁBAL MALAREE, H., *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, 1991.
- «Delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal», en Terradillos Basoco, J. (ed.): *El delito ecológico*, Madrid, 1992.
- Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 12 de julio de 1999, sobre la aplicación del nuevo Código penal*, ejemplar mecanografiado.
- LARRAURI PIJOAN, E., «Relación entre índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión: algunas hipótesis», en Rechea Alberola, C. (dir.): *La Criminología aplicada II, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1998.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.
- Ley Orgánica del Código penal. Trabajos Parlamentarios*, vol. I, Cortes Generales, Madrid, 1996.
- LÓPEZ RAMÓN, F., «El Derecho ambiental como Derecho de la función pública de protección de los recursos naturales», en Valle Muñiz, J. M. (coord.): *La protección jurídica del medio ambiente*, Pamplona, 1997.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte general I*, Madrid, 1996.
- MADRID CONESA, F., *Reserva de ley en materia penal y capacidad normativa de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985.

- MANGLANO SADA, L., «Las sanciones administrativas en el medio natural y medio ambiente», en Picó Lorenzo, C. (dir.): *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1997.
- MAQUEDA ABREU, M.^a L., «La idea de peligro en el moderno Derecho Penal», *Actualidad Penal*, 1994.
- MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, A., *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Madrid, 1998.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Los delitos contra el medio ambiente en el Código penal español», *Actualidad Penal*, núm. 1, 1994.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Régimen constitucional de los derechos fundamentales», en Martín-Retortillo Baquer/Otto y Pardo: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico. Parte general*, Valencia, 1998.
- MATA BARRANCO, N. J. DE LA, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996.
- «El papel del Derecho Penal para la correcta aplicación de la normativa ambiental comunitaria», en García Ureta, A. (ed.), *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, Oñati, 1998.
- «Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente», en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1998.
- MATA Y MARTÍN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico)*, Granada, 1997.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.
- MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*, Barcelona, 1976.
- *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994.
- *Derecho Penal. Parte general*, 4.^a ed., Barcelona, 1996.
- MORALES PRATS, F., «La técnica de la ley penal en blanco y el papel de la legislación de las comunidades autónomas en el delito ambiental», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Santander, 1993.
- «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, 1998.
- MOUREAU CARBONELL, E., «Relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal en la protección del medio ambiente», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 87.

- MÜLLER-TUCKFELD, J. Ch., «Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente», en AA.VV.: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal y control social*, Jerez, 1985.
- «Principios inspiradores del nuevo Código penal», en AA.VV.: *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, 1998.
- MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Valencia, 1999.
- «El delito de caza y pesca ilegal (artículo 335 del Código penal): una interpretación restrictiva y acorde al bien jurídico tutelado», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 6, junio de 1999.
- «Los delitos contra la flora amenazada y la concurrencia de error de tipo excluyente de la infracción penal», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 13, enero de 2000.
- «Interpretación de la conducta de tráfico o comercio de especies de fauna amenazada. Reducción material del tipo del artículo 334 del Código penal», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 14, febrero de 2000.
- «Algunas notas sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal. Vía interpretativa para su adecuación constitucional», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 15, marzo de 2000.
- «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal: Vulneración del principio de legalidad penal. Su interpretación restrictiva», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 17, mayo de 2000.
- «La caza de gorriones y su incardinación dentro del Código penal. El nulo respeto por el principio de intervención mínima en la aplicación de los tipos penales. La urgencia de una declaración de inconstitucionalidad», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 18, junio de 2000.
- «Inexistencia de coincidencia entre el concepto administrativo y penal de «especies amenazadas». Interpretación material del elemento típico «especies amenazadas»», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 23, noviembre de 2000.
- NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.ª ed. ampliada, Madrid, 1994.
- ORTEGA MARTÍN, E., «Los delitos contra la flora y la fauna», en AA.VV.: *Derecho Penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*, Granada, 1997.
- PAUL, W., «Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico (Una intervención iusfilosófica en el sistema de la Organizada Irresponsabilidad)», *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.
- PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1984.
- POLAINO NAVARRETE, M., «Aspectos político-criminales de los delitos contra el medio ambiente», en *Estudios Penales y Jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, 1996.

- POLAINO NAVARRETE, M., «Delitos contra el medio ambiente en el Código penal español de 1995», en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, 1998.
- PORTILLA CONTRERAS, G., «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos», *Cuadernos de Política Criminal*, 1989.
- PRATS CANUT, J. M., «Artículo 335», en Quintero Olivares, G. (dir.): *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 1996.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990.
- *Ley, principios, derechos*, Madrid, 1998.
- «Sobre el concepto jurídico de derechos fundamentales», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 8-9, 1989-1990.
- PRITTWITZ, C., «El Derecho Penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio?», en AA.VV.: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000.
- QUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia penal en España*, Pamplona, 1998.
- *Locos y culpables*, Pamplona, 1999.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Protección penal del ambiente», en Cobo del Rosal (dir.): *Comentarios a la Legislación Penal*, t. I, Madrid, 1982.
- «El imputado en el proceso penal», *La Ley*, 4 de enero de 2001.
- «La nueva protección penal del ambiente», en AA.VV.: *Temas de legislación, Gestión y Derecho Ambiental*, Madrid, 1997.
- ROLDÁN BARBERO, H., «Los delitos contra la fauna silvestre en el nuevo Código penal: la protección del lobo», *La Ley*, vol. I, 1998.
- ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, traducción y notas de D. M. Luzón Peña, Madrid, 1976.
- *Derecho Penal. Parte general*, t. I, traducción de la 2.^a ed. alemana y notas por Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, Madrid, 1998.
- SANTANA VEGA, D. M., «Funciones del Derecho Penal y bienes jurídicos-penales colectivos», *Actualidad Penal*, núm. 9, 2001.
- SANTOS VIJANDE, J. M.^a, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los Tribunales ordinarios*, Granada, 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- «¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Penal?», *La Ley*, 1993, vol. I.
- «¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal», *La Ley*, 1997, vol. III.
- *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999.
- *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999.

- TERRADILLOS BASOCO, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.
- «El ilícito ecológico. Sanción penal-sanción administrativa», en Terradillos Basoco, J. (ed.), *El delito ecológico*, Madrid, 1992.
- TIEDEMANN, K., «El Derecho Penal alemán del ambiente: cuestiones dogmáticas novedosas», en Tiedemann, K.: *Lecciones de Derecho Penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993.
- «Marco e influencia constitucional», en Tiedemann, K., *Lecciones de Derecho Penal económico*, Barcelona, 1993.
- VALLDECABRES ORTIZ, I., «Interpretación del elemento típico “especies amenazadas” del delito del artículo 334.1 del Código penal», *Revista Mensual de Gestión Medioambiental*, núm. 10, octubre, 1999.
- VICENTE MARTÍNEZ, R. de, *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, Madrid, 2000.
- VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996.
- «Principios penales y dogmática penal», en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general)*, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.