

Prof. Dra. Marta García Mosquera

Prof. Contratada Dra. de Derecho Penal, Univ. de Vigo, España. Socia de la FICP.

~El marisqueo ilegal como delito contra la fauna: ¿un nuevo despropósito para hacer frente al furtivismo? (resumen)¹~

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

La cuestión de la relevancia penal de las conductas de caza o pesca furtiva (entendiendo por tal la que se lleva a cabo careciendo de licencia, autorización o permiso para tales actividades) se planteó ya inicialmente en relación con la versión original del art. 335 CP, aunque en ese momento la jurisprudencia llevó a cabo una interpretación restrictiva, entendiendo que el furtivismo, en cuanto tal, resultaba penalmente atípico. Este art. 335 CP, en su redacción original, habría de ser declarado inconstitucional mucho tiempo más tarde, por STC 101/2012, de 8 de mayo. Entretanto, con la redacción dada al art. 335 CP por la LO 15/2003 la cuestión seguía sin ser pacífica, aunque existían mayores argumentos para entender penalmente relevantes las conductas del denominado «furtivismo de temporada» a través del art. 335.1 CP, y del furtivismo en cotos de caza sin permiso del titular, en el art. 335.2 CP.

No obstante, en relación con el marisqueo furtivo –que constituye un problema endémico, particularmente en las costas gallegas– la respuesta del Derecho penal en las últimas décadas no se ha operado a través del delito relativo a la protección de la fauna del art. 335 CP, sino (parcialmente) a través del delito de fraude alimentario del art. 363.3 CP, en aquellos supuestos en que la captura ilegal de mariscos correspondía a ejemplares afectados

¹ La autora lleva a cabo un desarrollo completo del tema en su artículo «Relevancia penal del furtivismo marino: el delito de marisqueo ilegal», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 21, 2019.

Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.

por biotoxinas marinas. Se sostiene que esta era una vía inapropiada, a través de la cual se venía apelando a la salud pública como pretexto para castigar, en realidad, las conductas de extracción ilegal de marisco careciendo de licencia o permiso. En este extremo se hace expresa remisión al trabajo en su día publicado junto con el Prof. De Vicente Remesal, en el que se analizan extensamente estas consideraciones (DE VICENTE REMESAL, Javier/GARCÍA MOSQUERA, Marta, Algunos aspectos esenciales del fraude alimentario. A propósito de unos supuestos de comercialización de vieiras contaminadas, en: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel [Dir.], Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig, La Ley, 2010, pp. 797-839).

Analizando ya en concreto la incriminación expresa del marisqueo furtivo en el art. 335.2 CP a través de la LO 1/2015, se efectúa una aproximación al trámite parlamentario de la reforma del artículo en cuestión, que se produjo a través de una enmienda en el Senado, en la fase final de la tramitación del texto legal. A continuación, en lo que se refiere al bien jurídico protegido, se sostiene que el interés que prioritariamente resulta afectado por las conductas de marisqueo furtivo son los derechos de explotación en exclusiva de las especies afectadas por parte de los titulares de licencia de explotación, así como los derechos de propiedad que de aquellos se derivan. No obstante, no puede asumirse este interés como bien jurídico protegido en el art. 335.2 CP, por razones ya directamente vinculadas con un criterio sistemático de ubicación del tipo dentro de los delitos contra la fauna. Se defiende, por tanto, una interpretación del bien jurídico asociada a la biodiversidad de las especies marisqueras, lo cual comporta una importante restricción del ámbito de aplicación del tipo.

En cuanto al objeto material (y en conexión con el bien jurídico protegido) se incide en la necesidad de acreditar que los ejemplares de marisco capturados sin la debida autorización sean mariscos «silvestres», en la línea apuntada por CORCOY BIDASOLO, debiendo quedar fuera del tipo los supuestos de capturas de ejemplares cultivados a través de las diversas técnicas de acuicultura marina.

En el análisis de la conducta típica se presta especial atención al requisito típico de la «relevancia» de las actividades de marisqueo llevadas a cabo, entendiéndose que debe comportar, al menos, los mismos efectos que la excepción de tipicidad contenida en el art. 332 CP (es decir, ha de tener efectos más allá de la operatividad general del principio de insignificancia como causa de atipicidad penal).

Por último, se abordan las cuestiones esenciales referidas a las posibles relaciones concursales del delito de marisqueo ilegal, y se concluye con una valoración final que apunta

Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.

a las dudas de constitucionalidad de un tipo penal susceptible de ser interpretado como ilícito meramente formal, así como a las objeciones de un delito creado como respuesta al supuesto fracaso de la respuesta administrativa sancionadora. Desde una óptica más global, se sostiene que los problemas más acuciantes para el sector marisquero (en particular, la contaminación de las aguas) provienen en realidad de una política medioambiental en muchos casos ambivalente, mientras se activa el mecanismo del Derecho penal para combatir problemas que, como el furtivismo, deberían tener su adecuada sanción a través del Derecho administrativo.

* * * * *