

JURISPRUDENCIA GENERAL: DERECHO PENAL

JOAN BAUCELLS I LLADÓS

Profesor titular de Derecho Penal

Universitat Autònoma de Barcelona

ESTHER HAVA GARCÍA

Profesora titular de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

MARIA MARQUÈS I BANQUÉ

Profesora colaboradora de Derecho Penal

Universitat Rovira i Virgili

La jurisprudencia del período de referencia relativa a los delitos contra la ordenación del territorio y, en concreto, relativa al artículo 319 CP, en buena parte confirma criterios interpretativos ya conocidos como pueden ser los relativos al concepto de promotor (STS núm. 54/2012, de 7 de febrero); a los conceptos de construcción y edificación, cuya diferencia cabe decir que perderá progresivamente importancia con la nueva redacción típica del artículo 319 CP (Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, núm. 104/2011, de 17 octubre); a la aplicación restrictiva del error de tipo y de prohibición en este ámbito (sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, núm. 563/2011, de 5 diciembre, y de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.ª, núm. 326/2011, de 11 noviembre); o a la línea jurisprudencial que entiende, fuera de muy excepcionales casos, la demolición “del todo necesaria para restaurar el orden jurídico y reparar en la medida de lo posible el bien jurídico dañado”, sin que sea “argumento de suficiente entidad frente a ello que no se pueda reparar todo el daño causado genéricamente en la zona por existir otras construcciones en la misma” y sin que se pueda “argüir la impunidad administrativa, o desidia de los poderes públicos en su labor de policía urbanística; para pretender que los Juzgados y Tribunales no restablezcan la legalidad tratando de reinstaurar el bien jurídico protegido por el delito al estado en que se encontraba antes de ser lesionado” (sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, núm. 88/2011, de 2 noviembre, y núm. 105/2011, de 20 diciembre).

Si bien a raíz de la reforma operada en 2010 podría parecer que la distinción entre las expresiones “no autorizada” y “no autorizable” pierde también parte de su trascendencia práctica, lo cierto es que la interpretación de lo que debe entenderse por “no autorizable” y su delimitación con otras posibles expresiones seguirán siendo elementos importantes en la aplicación del delito del artículo 319 del CP. Desde esta perspectiva, resulta interesante señalar la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Vigo núm. 352/2011, de 4 octubre, que señala que “el hecho de que el Ayuntamiento cobre el IBI y que existan algunos servicios municipales tales como recogida de aguas y basuras, no es prueba de que exista una expectativa cierta de legalización”, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1.ª) núm. 4/2012, de 12 enero, cuyas observaciones merece la pena reproducir parcialmente por la conexión que establecen entre estos términos y otras cuestiones como puede ser el principio de ofensividad o, incluso, la aplicación de la ley penal en el tiempo: “En definitiva y aunque la utilización

del término ‘no autorizada’ (1er. pf.) y ‘no autorizable’ (2º pf.) de los distintos tipos del art. 319 del Código Penal, pueden inducir a confusión de dar a entender que en el segundo supuesto la aplicación de la norma penal es mucho más restringida, lo cierto es que por lo expuesto hasta ahora, habrá de optarse necesariamente por una interpretación amplia del concepto ‘autorización’, pues si el bien jurídico protegido es el de preservar el buen orden de planeamiento y cumplimiento de las normas administrativas sobre la utilización racional del suelo, todas aquellas conductas que puedan ser conformes a ese planeamiento general de la zona habrán de reputarse impunes para el Derecho Penal, con independencia de que se haya obtenido o no previamente la licencia municipal de la obra o la autorización pertinente, solo las conductas infractoras del buen orden urbanístico serán encuadradas en el tipo penal. En toda esta materia —como, en general, en toda la interpretación del artículo 319 del c. Penal— ha de operarse en la medida de lo posible con el principio de lesividad u ofensividad del bien jurídico, con el fin de evitar la punición de meras infracciones administrativas de índole formal que pudieran ser subsanadas a posteriori. A ello debemos añadir que el art 319 CP ha sido recientemente reformado por la LO 5/2010 (RCL 2010, 1658) de modificación del CP en un sentido más restrictivo en cuanto a las conductas que se consideran punibles, pasando de considerar delictivas las construcciones que no estaban autorizadas, a aquellas que sólo son ilícitas si, aun sin estar autorizadas en el momento de su ejecución o inicio, no pueden ser autorizadas posteriormente, o en palabras del texto legal, autorizables. Como ello sería en todo caso más beneficioso para el acusado, aun cuando esta modificación no estaba en vigor cuando la construcción se comenzó, sí lo está, tanto cuando se enjuició el procedimiento en la primera instancia, como ahora en esta alzada, y por lo consiguiente aplicable a esta situación”.

Una cuestión menos habitual en la jurisprudencia sobre estos delitos y que por ello merece ser destacada es la relativa a la prescripción. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1.ª) núm. 88/2011, de 2 de noviembre, aborda la consideración de la prescripción del delito en un supuesto en que se alega la conclusión de la obra principal en terreno rústico (es decir, la edificación destinada a vivienda), computada desde dicho momento de finalización, sin perjuicio de que con posterioridad se ejecuten algunos anejos, como en este caso una caseta de 16 m² que ha de considerarse desvinculada de la anterior obra principal. Si bien en primera instancia la juez de lo Penal estima que, existiendo constancia documental de que la construcción de

tales edificaciones finalizó en septiembre de 2005 y no interpuesta denuncia hasta enero de 2009, ha de considerarse transcurrido el tiempo de prescripción de tres años en aplicación de lo dispuesto en los artículos 131.1 y 133.3 del Código Penal (plazo de prescripción ampliado a cinco años por la reforma de 2010), en segunda instancia la Sala no estima la prescripción del delito por considerar que “dicho anejo, que se afirma con destino a herramientas, o como se afirmó en el acto de la vista en apelación, a albergar la depuradora, o como se señala en el recurso a albergar el pozo, no puede considerarse un acto de construcción aislado y desvinculado de la ejecución de la totalidad de la vivienda y anejos proyectados, ya que en todo caso sirve a las finalidades de la edificación globalmente proyectada (suministro de agua, depurar el agua de la piscina)”, concluyendo que “no puede, pues, entenderse que la acción relativa a la ejecución de una edificación en terreno rústico de especial protección se consumó en el año dos mil cinco, sino de forma posterior, cuando se finalizó la total ejecución de todos los anejos a la vivienda”.

Finalmente, con relación todavía al artículo 319 CP y en el ámbito concursal, resulta igualmente destacable, por tratar una cuestión poco habitual, la ya citada STS núm. 54/2012, de 7 de febrero, que en este caso confirma el criterio adoptado en primera instancia en cuanto a la aplicación del artículo 8.4 CP para resolver lo que se entiende como un concurso de leyes o concurso aparente de normas penales entre el artículo 319 CP y el artículo 289 CP. Ante la argumentación del recurrente de que “el término ‘cosa’ que contiene el tipo penal del art. 289 no es aplicable a los bienes inmuebles” y de que “las actuaciones descritas en los Hechos Probados consistentes en la nivelación de terrenos, la tala de árboles o la modificación de la cubierta forestal” no serían las acciones típicas que contempla el precepto aplicado, sino las propias de un delito contra el medio ambiente, la Sala sostiene que “el art. 289 CP se encuentra dentro del Título XIII de la parte especial del Código que regula y sanciona los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, y este tipo penal describe como una de las acciones típicas la destrucción, daños o inutilización de cosas propias de utilidad social. Es claro que cuando estos actos se proyectan sobre bienes especialmente protegidos por su alto valor ecológico, se está perjudicando el medio ambiente que sin duda alguna merece la condición de valor de utilidad pública o social. Por eso mismo, en el caso presente, los bienes jurídicamente protegidos en el art. 319 y 289 CP quedan afectados negativamente por los actos ejecutados por el acusado, si bien y con acierto, el Tribunal

aprecia el concurso de normas del art. 8.4 CP porque la conducta aquí enjuiciada se castiga por el artículo 319.1º al afectar valores ecológicos; sin la lesión de ese valor, esta conducta no se castigaría por ese delito. Y, a la vez, de nuevo se castiga por el artículo 289 CP y se hace así porque se compromete ese valor medioambiental. Porque si la conducta consistente en construir sin autorización configura el delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1, es porque esa actividad constructora se realiza en una zona de valor ecológico y considerada de especial protección precisamente por ese valor ecológico que la norma quiere preservar. Y desde luego, ese mismo bien jurídico es el que tutela el art. 289 en su vertiente de proteger la afectación de los bienes propios al equilibrio de los sistemas naturales, como bienes de interés social del que resulta beneficiaria la comunidad. Razón por la cual se ha omitido sancionar el delito del art. 289 y únicamente se castiga el tipificado en el art. 319.1 CP que absorbe al anterior”.

En cuanto al delito de prevaricación urbanística del artículo 320 CP y como suele venir sucediendo, son menos las resoluciones recaídas en el período de referencia. Puede citarse el Auto de la Audiencia Provincial de León (Sección 3.ª) núm. 705/2011, de 2 noviembre, que confirma la resolución de instancia por la que se decretaba el sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias incoadas por delito de prevaricación urbanística en un supuesto de informe por parte de un arquitecto municipal. La Sala, basándose en jurisprudencia consolidada sobre el alcance del delito de prevaricación, considera que no aparece “debidamente justificada la perpetración de delito alguno por parte del querrellado, cuyos informes en los expedientes urbanísticos aparecen como fundados y razonados con independencia de estar o no de acuerdo desde el punto de vista técnico con los mismos, no pudiendo decirse que nos encontremos ante informes flagrantemente ilegales o groseramente contrarios a las normas urbanísticas aplicables y realizados a sabiendas, y que sería únicamente cuando habría de intervenir el derecho penal, pero no en estos casos de mera disconformidad, susceptibles de ser planteados ante la jurisdicción contencioso administrativa, nunca ante la jurisdicción penal como se pretende de forma harto injustificada, y con el afán de darle trascendencia penal a unos hechos que en modo alguno la tienen”.

Con relación a la jurisprudencia relativa a los delitos contra el medio ambiente, durante este período merecen ser destacadas dos resoluciones. En primer lugar, la STS núm. 1162/2011, de 8 de noviembre. En esta sentencia se resuelve un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en contra de una sentencia de la Audiencia

Provincial de Castellón que absolvía a un alcalde por delito ecológico en comisión por omisión.

El Tribunal Supremo parte de considerar que la cuestión exige, además del resultado de peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, tres requisitos objetivos que deben añadirse al dolo: “[1] que el relato fáctico refiera una situación de garante del bien jurídico, una obligación de actuar en defensa del bien jurídico y [2] una omisión [3] equivalente a la acción productora, en este caso de la situación de riesgo típico que hubiera sido evitada de haber mediado la acción requerida por la posición ocupada por el acusado en los hechos”.

El hecho probado, en lo que es relevante a la subsunción que interesaba la acusación pública, nos relata que el acusado era alcalde del Ayuntamiento; que el vertedero se situaba sobre unos terrenos de titularidad del Ayuntamiento; que su gestión la realizaba una empresa en virtud de contratos de obras y de servicios que celebraba con el Ayuntamiento; que el vertedero no disponía de impermeabilización en su fondo, de canalización de aguas pluviales, sistema de recogida de lixiviados, sistema de captación de biogás, cerramiento perimetral, control de acceso, puntos de recogida selectiva de residuos, báscula, ni registro diario de usuarios y vertidos. Se vertían residuos sin compactar. Se declara también que debido a estos defectos y a la gestión incontrolada se produjo un proceso de metanogénesis, proceso de descomposición y fermentación de materia orgánica que genera combustiones espontáneas internas con peligro de explosión. Esas explosiones, que se detectaron en 1998, se produjeron a diario en el verano de 1999 y los humos llegaron hasta la población. El contacto de los residuos con las aguas pluviales generó lixiviados que se acumularon en forma de charcos que alcanzaron el cauce del Garrut por escorrentía en épocas de lluvias.

Más allá del peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, el Tribunal Supremo considera que existe el primer requisito: una posición de garante del alcalde deducida del artículo 4 de la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, derogada por la Ley 10/1998, de 21 de abril, pero con un articulado coincidente que dispone lo siguiente: “Las Entidades locales serán competentes para la gestión de los residuos urbanos, en los términos establecidos en esta Ley y en las que, en su caso, dicten las Comunidades Autónomas. Corresponde a los municipios, como servicio obligatorio, la recogida, el transporte y, al menos, la eliminación de los residuos urbanos, en la forma en que establezcan las respectivas Ordenanzas”. Este precepto se complementa con el artículo 20.4 (“Las

Entidades locales podrán realizar las actividades de gestión de residuos urbanos directamente o mediante cualquier otra forma de gestión prevista en la legislación sobre régimen local”) y con el 29, referido a la inspección de la gestión de los residuos (“La Ley de Régimen Local es también expresiva de las obligaciones del Alcalde en la gestión de residuos urbanos”).

En segundo lugar, se considera probada la existencia de una omisión. Se afirma que “desde el relato fáctico se refiere una omisión que supone un incumplimiento de las obligaciones asumidas legalmente por el Ayuntamiento y a las que estaba obligado al conocer la situación de riesgo evidente en el que se situaba el vertedero, debiendo actuar para evitar la continuación del riesgo, su gravedad y la concreción del riesgo en los daños al equilibrio de los sistemas naturales a través de los lixiviados que llegaron a las corrientes hidrográficas, y las emanaciones de gases y la combustión del invernadero con su llegada a la población de malos olores procedentes del vertedero”.

El Tribunal Supremo acepta incluso la existencia del dolo relativo a estos dos aspectos analizados, puesto que “la gestión del vertedero, era como resulta del hecho probado caótica y la misma había sido detectada por el propio contratado y por el ingeniero del Ayuntamiento, que en el año 1999 hubo de proponer actuaciones de emergencia para el saneamiento del vertedero. También el Servicio de protección de la naturaleza (SEPRONA) había realizado inspecciones y análisis del vertedero y la Confederación Hidrográfica del Júcar había actuado en el vertedero con propuestas de sanción que fueron archivadas por prescripción pero que podían servir de conocimiento de la deficitaria situación en la que estaba el vertedero. El hecho probado da cuenta de las inspecciones realizadas, los expedientes sancionadores incoados y las visitas giradas. El propio contratado para la gestión de residuos alude, en el juicio y en el recurso de casación que hemos analizado, a que puso en conocimiento del Ayuntamiento la imposibilidad de cumplir con lo pactado en los pliegos de estipulaciones correspondientes a la contrata”.

Es la falta de equiparación de esta omisión con la acción la que, según el Tribunal Supremo, excluiría la responsabilidad penal del alcalde. No se constata esa equivalencia “porque en el año 1998 se encargó un informe sobre su situación; el ingeniero del Ayuntamiento el 11 de noviembre de 1999 informó sobre la necesidad de realizar obras con urgencia; en el año 2000 se encargó la gestión a otra empresa y en el año 2004 se clausuró el vertedero. [...] Las inspecciones realizadas en el año 2000 ya ponen de

manifiesto que había mejorado el vertedero, aunque, afirma «es cierto que permanecían otras deficiencias tales como la falta de impermeabilización del suelo y la ausencia de cierre perimetral» pero que a consecuencia de las visitas de inspección y los antecedentes existentes se habían acomodado, por el procedimiento de urgencia y con carácter de emergencia de obras en el vertedero”.

Aunque hubiera sido deseable que el Alto Tribunal fuera más preciso en la definición de ese criterio de equivalencia, concluye que “esa omisión no equivale a la acción causante de la situación de riesgo que se describe en el hecho probado que puesto hace referencia a unas actuaciones del Alcalde y de la Corporación municipal tendentes a solucionar el problema del vertedero mediante conciertos con la Comunidad Autónoma, visitas de inspección que determinaron dar una solución provisional y urgente a la situación del vertedero, llegada a la sustitución del contratado para el servicio y al cerramiento y clausura del vertedero. Estos datos fácticos impiden la consideración de comportamiento omisivo causal del vertido. Ciertamente el Alcalde acusado estaba en posición de garante y obligado a actuar pero no concurrió una conducta omisiva relevante, equiparable a la acción, en la causación del vertido. Desde el hecho probado aunque se constata la posición de garante del Alcalde y la omisión del comportamiento debido, esa omisión no es equiparable a la acción y debe desestimarse la impugnación del Ministerio público”.

La segunda resolución destacable es el Auto de la Audiencia Provincial de Ávila (Sección 1.ª) núm. 191/2011, de 28 octubre, no tanto por tratar de aspectos sustantivos relevantes del delito ecológico, sino por aclarar un interesante aspecto procesal. En concreto, el relativo a la controvertida jurisprudencia respecto a la capacidad de actuación de la acción popular cuando no concurra acusación pública.

La Sentencia parte de la conocida STS núm. 1045/2007, de 17 de diciembre, donde se hizo la disquisición de que el legislador había admitido la distinción entre el derecho del perjudicado por el delito y el de quien actúa en representación del interés popular. El núm. 1 del artículo 782 de la LECrim solo hace referencia a la acusación particular y el Ministerio Fiscal, y el núm. 2 del mismo artículo identifica al acusador particular con los directamente ofendidos o perjudicados; pero la doctrina del Alto Tribunal añade que en aquellos supuestos en los que, por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio Fiscal no acusa o lo realiza parcialmente y concurre con una acusación

popular que insta la imputación de otras personas, además de las que solicitó el Ministerio Fiscal, e insta la apertura del juicio oral, la acusación particular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa y la celebración del juicio oral (vid. también SSTS 27 de abril de 2005 y 20 de enero de 2010).

Después de reconocer que “el asunto pueda ser bastante dudoso, y de hecho han existido votos particulares al respecto”, esta sala “opta por conocer los motivos planteados por la acusación popular en aras de una tutela judicial efectiva (art. 24 CE), teniéndose en cuenta que el tipo regulado en el art. 325 del código penal es un delito de peligro concreto, que se consuma por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones alternativas descritas en el mismo, sin que sea necesaria, para que tenga lugar su efectiva consumación, la producción de un perjuicio determinado y específico, ya que, en otro caso, estaríamos ante un delito de lesión que se castigaría separadamente”.

Finalmente, y respecto de los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, debe destacarse el importante número de pronunciamientos judiciales de la Audiencia Provincial de Tarragona que rechazan la aplicación del artículo 336 CP a los acusados de emplear el método de caza con barraca en ejecución del acuerdo del Pleno de la Sala Penal de dicho órgano judicial de 6 de mayo de 2009, que afirma que dicho método “no se entenderá incluido en la cláusula otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna”, prevista en el mencionado artículo 336 CP. Se integran en esta línea jurisprudencial, entre otras, las sentencias núm. 237/2011, de 15 de abril (Sección 2.^a); núm. 240/2011, de 12 de mayo (Sección 4.^a); núm. 257/2011, de 16 de mayo (Sección 4.^a); núm. 289/2011, de 19 de mayo (Sección 2.^a); núm. 368/2011, de 23 de junio (Sección 2.^a); núm. 440/2011, de 14 de julio (Sección 2.^a); núm. 517/2011, de 6 de octubre (Sección 2.^a); núm. 414/2011, de 17 de octubre (Sección 4.^a); y núm. 408/2011, de 18 de octubre (Sección 4.^a).

Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2.^a) núm. 289/2011, de 19 de mayo, expuso: “Se declara probado que el acusado el día 29 de octubre de 2005, se encontraba en el paraje La Punta, del término municipal de Alcanar, utilizando el método de caza conocido como barraca con *vpsc* y reclamo eléctrico. Que en el momento en que se personaron los agentes actuantes en dicha barraca el acusado se encontraba en la misma y disponía disolvente para aplicarlo sobre aves capturadas protegidas. Que en su interior fue hallado un ejemplar vivo de zorzal común, especie no

protegida, el cual fue liberado tras serle aplicado disolvente por el acusado”. Contra la Sentencia de instancia, que absolvió al acusado de realizar tales hechos, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación, argumentando que, en su criterio, el Juzgador habría incurrido en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y error en la valoración de la prueba en relación con el poder destructivo que implica el uso de dichos medios o artes de caza, cuyo uso, en opinión del Ministerio Fiscal, constituiría un comportamiento penalmente típico del artículo 336 CP —en la redacción vigente en la fecha de los hechos (29 de octubre de 2005) y anterior a la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio—, que sancionaba como conducta nuclear al que, sin estar legalmente autorizado, empleara para la caza o pesca “veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna”.

Frente a ello, la argumentación que ofrece la Sentencia comentada coincide, en esencia, con la ofrecida por los otros pronunciamientos, también de la Audiencia Provincial de Tarragona, que han venido negando la tipicidad del uso del método de la barraca. Así, tras analizar sucintamente tanto los antecedentes normativos de la regulación actual como la legislación comunitaria y administrativa más importante sobre la materia (aunque omitiendo toda referencia a la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, a pesar de que contiene importantes disposiciones en materia de caza y deroga buena parte de las normas administrativas que la Sentencia cita), se concluye que corresponde a las distintas comunidades autónomas la competencia para determinar los medios o métodos que no se pueden emplear en ejercicio de la actividad venatoria en sus respectivos territorios: “En este sentido, existen ciertas prácticas de caza, de las llamadas tradicionales, fuertemente arraigadas en determinadas zonas geográficas, en nuestro caso en la zona del Baix Ebre y del Montsià, cuyo método de captura consiste en el empleo de liga y de reclamos artificiales, utilizando magnetófonos o aparatos que reproducen el canto de las especies”. La Sentencia reconoce que el empleo de la liga es un medio no selectivo, “en la medida en que no discrimina a priori la especie que va a resultar capturada, y puede afectar a especies distintas de las reglamentariamente permitidas. [...] Pero no es la norma administrativa la que nos corresponde interpretar o aplicar, ni tampoco el concepto de método o medio de caza prohibido, masivo o no selectivo, puesto que en sede de jurisdicción penal, en la que nos encontramos, no todo empleo de medios prohibidos por la norma administrativa queda sometido a sanción penal”.

Entrando ya en el análisis del artículo 336 CP, este grupo de sentencias afirman que constituye un delito de mera actividad en el que la intervención penal ha sido adelantada en atención a la potencialidad lesiva intrínseca de los medios empleados, esto es, el veneno, los medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna: “Esa es la razón de ser del precepto penal, en la medida en la que los medios que concreta la norma penal están llamados a provocar estragos en la preservación de la fauna —nótese la coincidente redacción del precepto con otros preceptos penales previstos en los art. 266, 346, 348 del CP— dado que su potencial dañino provoca de forma inexorable e irremediable la muerte de las especies de forma incontrolada e irreversible, con efectos incluso perdurables en el tiempo o de rebote en la cadena trófica”. Conforme a lo anterior, se considera que la inclusión en el ámbito del tipo de otros métodos o artes de caza cuya potencialidad lesiva no se haya concretada “ha de atender y requerir como condición ineludible que pueda predicarse de ellos una eficacia destructiva para la fauna similar a la que posee el veneno o los medios explosivos, lo que nos plantea una cuestión de primer orden relativa al principio de tipicidad penal”. En este contexto, y apoyándose en la jurisprudencia constitucional, se invoca la prohibición de extensión analógica del derecho penal como criterio rector en la interpretación y aplicación del artículo 336 CP, de modo que “esta análoga eficacia destructiva, a la hora de calificar un medio o arte de caza como penalmente sancionado, ha de ser interpretada de forma estricta, como se decanta del principio de legalidad penal, aprehendiendo el verdadero alcance y aptitud destructiva inherente a los medios que sí concreta la norma penal, sin incluir en esa cláusula genérica otros medios que no se asemejen en cuanto a la capacidad destructiva que quepa predicar de los mismos [...]. Debemos delimitar el alcance estricto de la cláusula extensiva mediante la búsqueda de precisas razones de analogía basadas en los mismos parámetros de eficacia destructiva para la fauna, y comprobar si dichas razones concurren en el método denominado tradicionalmente como caza ‘con barraca’ que viene a consistir en la utilización de una liga o pegamento y reclamos magnetofónicos, como método de captura, y el empleo posterior a la captura de disolvente, como método de liberación, para paliar así el efecto no selectivo que a priori cabría predicar del empleo de este método”.

Partiendo de tales premisas, este grupo de sentencias concluye que no cabe asimilar el empleo de dicho método con el uso de veneno y medios explosivos, en los términos exigidos de similar eficacia destructiva para la fauna, y ello por diversas razones: en

primer lugar, porque el disolvente no es empleado finalísticamente “para cazar”, como exige el precepto, sino precisamente para liberar las aves capturadas y así limitar el efecto aleatorio o no selectivo de la caza “con barraca”; en segundo lugar, si se basara la eficacia destructiva del método de caza precisamente en el empleo del disolvente, ello provocaría una perniciosa consecuencia, pues se llegaría al absurdo de que el cazador preferiría no liberar las aves, dejando de portar consigo el disolvente, pues en este caso solo podría ser sancionado penalmente en el caso de que alguno de los ejemplares fuera una especie amenazada o prohibida expresamente (art. 334 y 335 CP). En definitiva, concluye el Tribunal, si bien el uso de la liga, el reclamo eléctrico o el empleo posterior de disolvente son medios prohibidos con carácter general por la normativa comunitaria y estatal, carecen, no obstante, de la potencialidad destructiva propia del veneno o de los explosivos ya que “sus efectos no aparecen irreversibles, no causan ‘per se’ la muerte de los ejemplares capturados, ni sus efectos mortales pueden considerarse intrínsecamente incontrolados, irreversibles o acumulativos, ni están llamados a provocar estragos en la preservación de la fauna en una zona más o menos localizada del medio natural, pues se admite pericialmente que un elevado porcentaje de las aves capturadas pueden sobrevivir a su captura con el cumplimiento de las adecuadas prevenciones por parte del cazador”. Por todo ello, se descarta la tipicidad de la conducta y se ordena la notificación de los hechos al órgano administrativo competente para su eventual sanción, entendiendo que con ello “no se produce una desprotección del bien jurídico protegido, sino que se reconduce en sus justos términos al ámbito administrativo sancionador aquellas conductas en las que no queda justificado un adelantamiento de la barrera penal mediante la sanción de un delito de mera actividad como es el previsto en el art. 336 CP, basado exclusivamente en la eficacia destructiva de los medios empleados”.

Como puede comprobarse, esta línea jurisprudencial rechaza que el método de caza conocido como “barraca” posea eficacia destructiva a efectos penales, si bien no niega, sin embargo, su carácter de método no selectivo, razón por la cual puede augurarse que tal interpretación decaerá cuando comiencen a enjuiciarse hechos similares cometidos tras la entrada en vigor de la reforma penal de 2010, que modificó la redacción del artículo 336 CP para especificar en la descripción de la conducta que los medios típicos empleados para la caza o pesca, de no consistir en veneno o explosivos, habrán de tener una similar eficacia destructiva o no selectiva, explicitando con ello en la descripción

del tipo la interpretación que al respecto venía realizando otro sector de la jurisprudencia. Así lo reconoce la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. 257/2011, de 16 mayo (Sección 4.^a), la cual, por lo demás, afirma que “el legislador, con la reforma, no precisa el alcance de la norma modificada sino que simple y llanamente amplía el espacio de prohibición, lo que sirve como argumento que refuerza las razones en las que basamos nuestra decisión plenaria de atipicidad de las conductas enjuiciadas bajo la vigencia del texto original del artículo 336 CP”.