

Fauna: 2021, el reconocimiento legal español de los animales como seres sintientes

JOSÉ MIGUEL GARCÍA ASENSIO

SUMARIO: 1. PANORAMA GENERAL. 2. ACOTACIONES JURISPRUDENCIALES AL RÉGIMEN DE ESPECIES EXÓTICAS. 3. BIENESTAR ANIMAL: UN CAMBIO DE PARADIGMA. 4. NUEVOS CAPÍTULO EN LA POLÉMICA PROTECCIÓN DEL LOBO: UNA CUESTIÓN TODAVÍA NO RESUELTA. 5. ¿ES PRECISO DISPONER DE DETERMINADA FORMACIÓN Y EXPERIENCIA, ESPECIALMENTE SOBRE LA GESTIÓN DEL LOBO, PARA EL NOMBRAMIENTO DE UN CARGO CON NIVEL DE DIRECTOR GENERAL? 6. LEGALIDAD DE MEDIDAS FAVORABLES AL CONTROL DE ESPECIES. 7. CONTINÚAN LAS CONTRIBUCIONES A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS CAUSADOS POR LA FAUNA SILVESTRE. 8. AJUSTE LEGAL DEL DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO EN TERRENOS CINEGÉTICOS EN CASTILLA Y LEÓN. 9. NECESIDAD DE JUSTIFICACIÓN EN LA CATALOGACIÓN DE LAS ESPECIES DE FAUNA. EFECTOS DE LA MISMA. 10. MÁS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE EL SILVESTRISMO Y CAPTURA DE FRINGÍLIDOS. 11. UTILIZACIÓN DE MEDIOS NO SELECTIVOS PARA CAPTURA DE FAUNA. 12. PESCA: ENTRE EL REPARTO DE CUOTAS Y LA REGULACIÓN DEL TURISMO PESQUERO. 13. APUNTES SOBRE EL COMERCIO INTERNACIONAL DE ESPECIES AMENAZADAS. 14. CONSECUENCIAS DE LA AFECTACIÓN DE LAS OBRAS EN LA FAUNA. 15. ALGUNAS SENTENCIAS SOBRE CAZA FURTIVA. 16. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Numerosas novedades legislativas y reglamentarias, así como pronunciamientos jurisprudenciales, jalonan el discurrir del año 2021 en materia de fauna en España. Destacando tres como más importantes: la modificación del Cc para introducir una regulación novedosa sobre los animales, la nueva Ley de Caza de Castilla y León que trata de resolver los problemas sobre especies cazables, entre ellas el lobo, y, en contraposición, la modificación del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial para intentar evitar la caza de ejemplares de esta especie al norte del río Duero.

Además, se siguen produciendo acotaciones jurisprudenciales a los respectivos regímenes legales sobre especies protegidas, especies exóticas, silvestrismo y responsabilidad patrimonial causada por la fauna.

ABSTRACT: Numerous legislative and regulatory developments, as well as jurisprudential pronouncements mark the course of the year 2021 in terms of fauna in Spain. Highlighting three as most important: the modification of the Cc to introduce a new regulation on animals, the new Hunting Law of Castilla y León that tries to solve the problems on huntable species, including the wolf, and in contrast the modification of the List of Wild Species under a Special Protection Regime to try to prevent the hunting of specimens of this species north of the Duero River.

In addition, jurisprudential annotations continue to be produced to the respective legal regimes on protected species, exotic species, silvestrismo and patrimonial responsibility caused by fauna.

PALABRAS CLAVE: Fauna. Caza. Especies exóticas invasoras. Responsabilidad patrimonial. Especie cinegética. Especie cazable. Lobo. Accidente de circulación. Bienestar animal. Informe preceptivo. Fringílido. Silvestrismo. Suspensión cautelar. Delito. Explotación prudente. Cuota de captura. CITES. Veneno. Método de captura no selectivo. Ser siliente. Derecho de tanteo y retracto. Principio de proporcionalidad. Regalo.

KEYWORDS: Fauna. Hunting. Invasive alien species. Equity liability. Hunting species. Hunted species. Wolf, Traffic accident. Animal welfare. Prescriptive report. Fringilido. Silvestrism. Precautionary suspension. Crime. Prudent exploitation. Catch Quota. CITES. Poison. Non-selective capture method. Be silent. Right of first refusal and withdrawal. Principium proportionalitatis. Present.

1. PANORAMA GENERAL

Este año ha sido especialmente fructífero en cuanto a regulación de fauna, así como en la emisión de resoluciones judiciales con esta temática. Hasta tal punto que por razones de espacio nos hemos visto obligados a realizar una selección de las que, a nuestro criterio, se consideran más relevantes, prestando especial atención a la doctrina jurisprudencial.

Normativamente destacamos tres hitos: la modificación del Cc para introducir una regulación novedosa sobre los animales, la nueva Ley de Caza de Castilla y León que trata de resolver los problemas sobre especies cazables, entre ellas el lobo, y, en contraposición, la modificación del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial para intentar evitar la caza de ejemplares de esta especie al norte del río Duero.

2. ACOTACIONES JURISPRUDENCIALES AL RÉGIMEN DE ESPECIES EXÓTICAS

En materia de especies exóticas la jurisprudencia sigue perfilando su régimen jurídico. Así, la STS 36/21, de 21 de enero, rec. 209/19, resuelve el recurso planteado contra el RD 216/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la lista de especies exóticas invasoras preocupantes para la región ultraperiférica de las Islas Canarias y por el que se modifica el RD 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el catálogo español de especies exóticas invasoras. El objeto del procedimiento judicial no es otro que la exclusión del mismo de tres especies de reptiles: *Pseudemys peninsularis*, *Python regius* y *Varanus exanthematicus*, y para ello se cuestiona que la Administración utilizara, como criterio de justificación, unas fichas técnicas de análisis de riesgos, usadas en otros países europeos, evaluando mediante diez preguntas el nivel de riesgo de la especie, asignando a la especie entre tres categorías según el resultado de las puntuaciones obtenidas: alto, medio y bajo. Las que obtienen la primera consideración se entienden susceptibles de competir con las especies silvestres autóctonas, alterar su pureza genética o los equilibrios ecológicos de la fauna española. Las especies de riesgo medio, en virtud del principio de precaución, se asimilan a las de riesgo alto (F.D. 1º). Realmente lo que se cuestiona es esta elevación a riesgo alto por el principio de precaución. Para valorar el alcance de la amenaza y la incidencia de la aplicación del principio de precaución ha de estarse al contexto normativo en el que conviene tener en cuenta la previsión del art. 52.2 (Ley 42/2007), por la que se puede importar o introducir en todo el territorio nacional especies o subespecies alóctonas cuando éstas sean susceptibles de competir con las especies silvestres autóctonas, alterar su pureza genética o los equilibrios ecológicos. Siguiendo la STS de 16 de

marzo de 2016, la Sala se atiene a los principios de precaución y prevención, lo que justifica que en la aplicación del método de elaboración de las fichas de análisis de riesgos se prevea que a efectos de considerar susceptibles de competir con las especies silvestres autóctonas, alterar su pureza genética o los equilibrios ecológicos para la fauna española, las especies de riesgo medio se asimilen a las de riesgo alto, previsión que ha de ponerse en relación con el contenido y alcance de los parámetros que son objeto de valoración y el grado de incertidumbre en la determinación técnico-científica de los riesgos que se desprende de los mismos y que el órgano administrativo ha considerado asimilables (F.D. 4º).

Hay otra resolución judicial que analiza esta vez un caso particular de exóticas, al resolver una consecuencia derivada de su catalogación como tal. Es el caso de la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 14/21, de 18 de enero, rec. 31/19, que ante la inclusión en el Catálogo de Especies Invasoras de la trucha arco-iris (*Oncorhynchus mykiss*) se decide extinguir la autorización para el uso recreativo de una instalación de acuicultura (pesca con caña en balsa de la explotación) en base al art. 7 (RD 630/13), lo que se da por correcto pues se trata de una extinción, no revocación, de la autorización por vulnerar sobrevenidamente la normativa aplicable (F.D. 6º).

3. BIENESTAR ANIMAL: UN CAMBIO DE PARADIGMA

En este tema lo más destacado sin lugar a dudas es la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Aun cuando se podría comentar ampliamente, por limitaciones de espacio haremos sólo algunos breves apuntes. Aunque pudiera parecer que se ha creado una nueva categoría jurídica para los animales, lo cierto es que el art. 333 (Cc) sigue reduciendo las cosas a dos tipos: muebles e inmuebles. Lo que ocurre es que, manteniendo a los animales dentro de las cosas muebles, los reconoce como "*seres sintientes*", es decir, "*dotados de sensibilidad*" (siguiendo con ello el art. 13 TFUE), por lo que, aun cuando mantengan su consideración de cosas, se les aplica primeramente su normativa específica, y subsidiariamente el régimen jurídico de los bienes y cosas, todo ello bajo el límite de ser compatible con esa naturaleza recientemente habilitada (art. 333 bis Cc). Por ello, en la práctica más que una categoría conceptual distinta lo que se ha instaurado ha sido un principio informador derivado de su condición de seres que sienten, de tal forma que condiciona toda la normativa y actuar jurídico y al que todos nos debemos de amoldar, en una suerte de principio pro-animal. De hecho, el resto del nuevo articulado reitera e incluso fortalece los derechos de propiedad y posesión sobre los animales al introducir numerosas menciones expresas al tratar de estos derechos reales.

También se destaca la expresa inclusión de los productos de los animales dentro de los frutos naturales (art. 355, primer párrafo, Cc), expulsándolos así por mandato legal de los frutos industriales y los civiles. Está claro que se trata de una previsión puramente ideológica, por cuanto son producto del trabajo (del ganadero), no habiendo duda, por tanto, que conceptualmente deberían ser frutos industriales.

Mantiene la condición de *res nullius* de las especies objeto de caza y pesca (art. 610 Cc), sustituye la condición decimonónica de "*animales fieros*" por la de "*animales salvajes o silvestres*" (art. 465 Cc), actualizando así el articulado, amplía el ámbito de la acción de repetición a los gastos destinados a la curación y al cuidado de un animal herido abandonado contra el propietario del animal (art. 333 bis.3 Cc), y regula al detalle el régimen que se le ha de aplicar a los animales de compañía en caso de nulidad, separación o divorcio (art. 90, 91 y 94 bis Cc).

Desde luego esta ordenación es un reflejo de la concepción antropocéntrica que se proyecta sobre los animales, del mismo modo que ya informaba el delito de maltrato animal del art. 337 (CP), tal y como en este segundo caso nos explica la STS núm. 940/21, de 1 de diciembre, rec. 5808/19, F.D. 5º, descartando la concepción subjetivista que entiende que es el animal el que es objeto de protección como titular de derechos subjetivos. Siguiendo a esta Sentencia, las dificultades para considerar que los animales sean sujetos de derecho lleva a considerar que el bienestar animal es contemplado por el legislador desde una base inicialmente antropocéntrica, sin que se reconozcan derechos cuyos titulares sean los animales.

Por otro lado, es especialmente interesante el caso resuelto por la STJUE de 17 de diciembre de 2020 (C-336-19) al intentar resolver el choque entre el derecho a la libertad religiosa y la protección del bienestar de los animales, lo que constituye un objetivo de interés general reconocido por la UE. Al estar en juego varios derechos fundamentales y principios consagrados por los Tratados europeos, la valoración de la observancia del principio de proporcionalidad debe llevarse a cabo respetando la necesaria conciliación de las exigencias con la protección de los distintos derechos y el justo equilibrio entre ellos. Por ello la obligación de aturdimiento reversible del animal que no provoque su muerte en el marco de un sacrificio religioso no es contrario a la normativa comunitaria.

Para acabar este apartado, señalamos el interés del legislador en regular el derecho de acceso al entorno de las personas usuarias con perros de asistencia, como en Asturias con la Ley 2/2020, de 23 de diciembre, que configura una unidad de vinculación formada por esta persona y su perro de asistencia, y en Islas Baleares, con la Ley 1/2021, de 19 de febrero, de modificación de la Ley 1/2014, de 21 de febrero, de perros de asistencia.

4. NUEVOS CAPÍTULOS EN LA POLÉMICA PROTECCIÓN DEL LOBO: UNA CUESTIÓN TODAVÍA NO RESUELTA

Dentro del largo proceso de protección del lobo ibérico (*Canis lupus signatus*), que dura ya varios años, se ha añadido al debate judicial, inacabado, una llamativa aportación legislativa. Con la intención de zanjar la citada polémica e impedir su caza al norte del río Duero, el ejecutivo nacional decidió incluir a todas las poblaciones de esta especie dentro del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial a través de la Orden TED/980/2021, de 20 de septiembre, por la que se modifica el Anexo del RD 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas. Ello supone que, entre otras medidas, está prohibido darle muerte, capturarlo, perseguirlo o molestarlo (art. 57.1.b) Ley 42/2007). De todos modos, esta disposición de carácter general ha sido objeto de los correspondientes recursos por parte de varias Comunidades Autónomas, por lo que el debate no está solventado, a pesar de las intenciones ya expresadas, y en próximos años tendremos más entregas de esta materia. Lo que sí está ya resuelto es la suspensión cautelar de la misma, habiendo sido denegada por parte del AAN de 13 de diciembre de 2021, rec. 2055/21, por la petición de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Ante argumentos que hacen referencia a cuestiones de fondo del recurso, como las referidas a la situación del lobo tanto anterior como posterior a la Orden recurrida en dicha Comunidad, o cuestiones referentes a lo regulado en el Convenio de Berna de 1979 y la Directiva 92/43/CEE sobre la especie, o si el lobo ha incrementado o no su población, si aumentó el área de distribución y si aumentó su hábitat, por lo que entiende que se trata de cuestiones que se incardinan dentro del *fumus boni iuris*, y al analizarlo con la habitual prudencia para no prejuzgar el fondo del asunto no estiman la medida. Además, tampoco considera concurrente el *periculum in mora*, pues el acordar la suspensión de la ejecución de la Orden recurrida, supondría que el lobo podría seguirse cazando en Cantabria, lo que conllevaría un perjuicio irreversible e irreparable. Por otro lado, frente a los posibles daños al ganado por los ataques del lobo de continuarse con la aplicación de la Orden impugnada, serían quebrantos reparables económicamente, a través de una indemnización. Además, considera que debe prevalecer el interés general de conservación de la especie sobre esos posibles daños económicos, añadiendo el evidente interés público que concurre en toda modificación normativa tendente a instaurar con carácter general un nuevo régimen jurídico. A este respecto, al tratarse de una disposición general se recuerda la jurisprudencia de que, salvo que de una forma clara y evidente pueda producirse perjuicios irreversibles, que como hemos analizado no es así, es prioritario el examen en que el interés público, implícito en la naturaleza de la norma, exige la ejecución (AATS de 29 de abril y 18 de julio de 2000 y 7 de julio de 2004, y STS de 12 de julio de 2007) (F.J. 3º).

La medida de protección del lobo no ha influido en los procesos judiciales incoados que analizan las diferentes iniciativas para impedir la caza del lobo. Es el caso de la STS núm. 1270/21, de 27 de octubre, rec. 3041/20, que conoce del Plan de aprovechamientos comarcales de lobo en los terrenos cinegéticos situados al norte del río Duero en Castilla y León para varias temporadas, a través del recurso de casación contra la STSJ de Castilla y León de 12 de diciembre de 2019, ya analizada en anteriores [Observatorios](#). Considera que dicho Plan es conforme a la normativa vigente por cuanto, en primer lugar, y ajustado a la doctrina del Alto Tribunal (v.gr. STS 18 de mayo de 2020), no es necesario exigir la constancia de estudios técnicos, científicos y objetivos que avalen el estado de conservación del lobo ya que no existe apoyo normativo suficiente para exigir esta suerte de “*autorización previa*” con la generalización que se pretende, sobre la comprobación del cumplimiento de los niveles poblacionales, distribución geográfica e índice de reproductividad, a fin de que la especie pueda soportar una extracción ordenada sin comprometer su estado de conservación. La Directiva de Hábitats exige esos estudios a modo de seguimiento y control de la situación de determinadas especies cinegéticas cazables, pero no puede asumirse un nivel de anulación en relación con una norma reglamentaria como la de autos, en la forma en que lo realiza la Sala de instancia, con base en la ausencia de unos estudios científicos específicos, sin que, en principio, existan datos concretos sobre el incumplimiento de alguno de los presupuestos comunitarios -en relación con alguna especie-, y, menos aún, llevar a cabo tal anulación con la generalidad con que se realiza, rechazando, por otra parte, los informes y estudios, emitidos en el ámbito de la Comisión Europea, y mencionados en el Preámbulo del Decreto anulado. En concreto, ni de la Directiva ni de la jurisprudencia comunitaria se desprende la existencia de un mandato para los estados miembros de la Unión que obligue a la previa especificación técnico-científica que requiere la sentencia de instancia. Por ello, no puede dejarse de considerar al lobo como especie cinegética y susceptible de ser cazada por falta de los estudios o informes científicos a que se refiere la Sala de instancia, y que tal consideración resulta de la normativa comunitaria y su trasposición al derecho interno (F.D. 2º). Así mismo, descarta toda vulneración del procedimiento de aprobación, pues no entiende citados ningún precepto vulnerado a este respecto, no admitiendo planteamientos “*cautelares*”, “*virtuales*” o “*hipotéticos*” (F.D. 5º). Para finalizar, rechaza toda influencia de la citada Orden TED/980/2021, por cuanto su Disposición Adicional Primera establece el régimen de aplicación de las medidas de extracción y captura de ejemplares que hayan adoptado los órganos competentes de las Comunidades Autónomas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Orden (F.D. 6º).

Otra reacción para permitir la caza del lobo viene dada por la Ley 4/2021, de 1 de julio, de Caza y de Gestión Sostenible de los Recursos Cinegéticos de Castilla y León, al alterar el sistema de declaración de las especies cinegéticas. En vez de hacerse mediante una disposición reglamentaria, pasa a efectuarse en un anexo incorporado a la propia Ley (art. 6), lo que lo hace inatacable a un recurso contencioso-administrativo. Eso sí, podrán excluirse mediante disposición reglamentaria, si fuera el caso.

5. ¿ES PRECISO DISPONER DE DETERMINADA FORMACIÓN Y EXPERIENCIA, ESPECIALMENTE SOBRE LA GESTIÓN DEL LOBO, PARA EL NOMBRAMIENTO DE UN CARGO CON NIVEL DE DIRECTOR GENERAL?

Ya adelantamos que, a nivel autonómico, la respuesta es negativa. Este asunto ha sido objeto de numerosas resoluciones judiciales por parte del TSJ de Asturias (núm. 253/21, de 31 de marzo, rec. 452/20; núm. 278/21, de 9 de abril, rec. 953/20; núm. 287/21, de 9 de abril, rec. 951/19; núm. 288/21, de 9 de abril, rec. 453/20; núm. 289/21, de 9 de abril, rec. 455/20; y núm. 293/21, de 16 de abril, rec. 454/20), todas ellas resueltas del mismo modo. Así, se nombraba como Directores Generales a personas sin formación ni experiencia relacionadas con la fauna animal, ni con la gestión del lobo, lo que, a juicio del recurrente, difícilmente podrían implementar de manera adecuada las medidas establecida en el Plan del Lobo. Realmente se trataba de nombramientos de personas con perfil político, y, en algún caso, con alguna titulación algo más cercana a la Naturaleza, como la de geólogo. El Tribunal nos recuerda que los requisitos para el nombramiento autonómico de cargos del nivel de Director General son menos intensos que los establecidos para los nombramientos de este nivel en el ámbito estatal, configurándose un régimen riguroso de profesionalización (funcionarización, en realidad) de los más altos cargos de la estructura administrativa estatal. En Asturias no se consagra propiamente la profesionalización de estos altos cargos, limitándose realmente a una exigencia de profesionalidad de un grado menos intenso.

En definitiva, para el ejercicio de tales funciones de dirección, gestión y coordinación en las materias propias de su competencia habrá de tenerse en cuenta la formación y experiencia del nombrado en estos campos de actuación, en vez de vincular dichos componentes con todas y cada una de las materias que constituyen el ámbito de la dirección general. La idoneidad como requisito de nombramiento de alto cargo, si bien toma como referencia los criterios de mérito y capacidad, así como los de honorabilidad, no puede determinarse en los términos establecidos para el acceso de la función pública al tener el cargo una naturaleza y contenido que difieren de otro puesto de trabajo (F.D. 4º).

6. LEGALIDAD DE MEDIDAS FAVORABLES AL CONTROL DE ESPECIES

Frente a los movimientos a favor de la protección de especies faunísticas, nos encontramos con pronunciamientos jurisprudenciales permisivos con el control de especies. En el periodo de referencia destacamos, primeramente, la STSJ de Asturias 194/21, de 19 de marzo, rec. 23/20, que declaró conforme a Derecho el Plan de Actuaciones para el control del cormorán grande (*Phalacrocorax carbo*) para reducir la incidencia sobre la población de salmónidos. Se reitera en anteriores pronunciamientos de la misma Sala, por cuanto considera que la normativa en esencia no ha variado. Es decir, aun cuando se trata de una especie protegida también es cierto que carece del estatus de especie “*en régimen de protección especial*” ni tampoco del de “*catalogada*” no se le puede hacer extensivo el régimen de prohibiciones de los art. 56 y 58 (Ley 42/2007). De hecho, fue descatalogada como de “*interés especial*” en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, y no se encuentra incluida en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial ni en el Catálogo Español de Especies Amenazadas. Todo lo cual permite el dictado de resoluciones destinadas a controlar su población (F.D. 4º). A lo cual el Tribunal determina que tampoco ha variado el estado general poblacional de la especie, descartando cualquier riesgo de extinción, lo que añadido al acreditado impacto sobre la trucha común y la anguila le permite inferir la legalidad y oportunidad de ese control de especies (F.D. 5º).

Por otro lado, la STSJ de Galicia núm. 421/21, de 17 de septiembre, rec. 4178/19, al conocer de la legalidad de la Resolución de 15 de mayo de 2019 por la que se determinan las épocas hábiles de caza, las medidas de control por daños y el régimen especial por especies durante la temporada 2019/20, y examinar el concreto caso de control del jabalí (*Sus scrofa*) al autorizarse su caza por daños ejecutada de modo inmediato y sin necesidad de comprobarlos. Tras descartar la Sala varias circunstancias de riesgo e impacto en sus poblaciones, rechaza que el control de una especie vulnere los principios que inspiran la Ley 42/2007 (art. 2), pues el intento de evitar daños a la agricultura, accidentes de tráfico y control de la peste porcina nada los contraría (F.D. 4.2º). Además, la medida es proporcional al fin que se persigue, pues el acto recurrido no produce una quiebra que pondere la arbitrariedad sobre la proporcionalidad (F.D. 4.3º). Procedimentalmente también confirma la legalidad del acto recurrido, ya que los informes no vinculantes de órganos consultivos son considerados carentes de virtualidad y, en todo caso, su ausencia es sólo constitutiva de irregularidad no invalidante (F.D. 4.5º). Tampoco es preceptivo el trámite de participación en su elaboración, ya que se trata de un acto administrativo y no de una disposición de carácter general (F.D. 4.6º).

7. CONTINÚAN LAS CONTRIBUCIONES A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS CAUSADOS POR LA FAUNA SILVESTRE

Como en años precedentes, el régimen de responsabilidad patrimonial originado por ejemplares de fauna silvestre sigue los criterios ya expuestos en anteriores Observatorios, y que la jurisprudencia sobre la materia ha dado lugar a la creación de un cuerpo de doctrina reiterada, que, en sus líneas generales no ha variado y que por limitaciones de espacio del presente estudio no podemos desarrollar al detalle.

Destacamos, no obstante, las SSJCA núm. 1 de Logroño núms. 173/21 y 174/21, recs. 154/21 y 143/21 (Ponente: D. Carlos Coello Martín), por sistematizar brillantemente el régimen legal aplicable a esta materia. Así mismo, la SJCA núm. 2 de Valladolid núm. 188/21, de 4 de noviembre, rec. 109/21, donde deja claro el criterio general de que no basta para entender cumplido el requisito de deber de conservación la simple limpiezas de la vía, asfaltado y colocación de señales de peligro, sino que se exige un plus que se concreta en la adopción de las medidas pertinentes para que la carretera se pueda usar en condiciones mínimas de seguridad, pues es preciso entender conjuntamente toda la normativa aplicable y no sólo la D.A. 9ª (Ley 17/2005). No se trata, en definitiva, de eliminar todos y cada uno de los peligros existentes, sino de garantizar la posibilidad de circular por la vía sin que el peligro se vea aumentado por circunstancias externas (F.D. 4º).

8. AJUSTE LEGAL DEL DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO EN TERRENOS CINEGÉTICOS EN CASTILLA Y LEÓN

Exclusivamente en la Comunidad Autónoma de Castilla y León se reconoce en su normativa de caza el derecho de tanteo y retracto sobre los aprovechamientos cinegéticos. Empero, la configuración legal de este instituto adolecía de graves deficiencias, llegando a considerarse sin ambages como inconstitucional en cuanto reguladora de relaciones entre particulares¹. Atendiendo a estos reparos, el legislador autonómico la ha reconfigurado en el art. 25.5 (Ley 4/2021). A tal fin introduce dos novedades: primeramente, reserva el ejercicio de esos derechos sólo sobre los aprovechamientos cinegéticos procedentes de los terrenos de propiedad pública, y, además, es un derecho potestativo, sólo introducido por acuerdo *inter partes*, sin imperativo legal alguno. De este modo, a la par que se eluden los inconvenientes legales de la anterior normativa (ausencia de título competencial de la Comunidad Autónoma citada sobre Derecho privado, y

¹ GARCÍA ASENSIO (2017:563-566).

que se constituían preceptivamente a favor de particulares), se sigue favoreciendo la continuidad en la gestión cinegética, loable finalidad perseguida con estas medidas.

9. NECESIDAD DE JUSTIFICACIÓN EN LA CATALOGACIÓN DE LAS ESPECIES DE FAUNA Y EFECTOS DE LA MISMA

La STSJ de Navarra núm. 102/21, de 31 de marzo, rec. 470/19, repara la aprobación del listado navarro de especies silvestres en régimen de protección especial, que establece un nuevo catálogo de especies de flora amenazadas y actualiza el catálogo de especies de fauna amenazadas, todo ello de Navarra. Primeramente, porque no justifica materialmente la eficacia y proporcionalidad de la medida, eso sí, fuera de una mera justificación-explicación formal en la E. de M. Además, considera que la categorización de especies discutida excede del ejercicio de la potestad reglamentaria pues no se circunscribe a desarrollar una previsión legal sino a la reducción de categorías que precisa de regulación por norma con rango de ley. Y es que ha operado una reducción material de las categorías de protección al mínimo legalmente exigido, aunque formalmente las respete, yendo de este modo el Decreto Foral más allá de lo que le permite la ley, con infracción del principio de jerarquía normativa.

Por otra parte, en cuanto al régimen de protección, la STJUE de 4 de marzo de 2021 (C-473/19 y acumulado) declara contrario a la normativa comunitaria las prácticas nacionales con arreglo a las cuales las prohibiciones establecidas sólo abarquen las especies incluidas en la lista del Anexo I de la Directiva de Aves, las que se encuentran en peligro a un determinado nivel o las que sufren un declive a largo plazo de la población. Además, que el art. 12.1, apartados a) a c), de la Directiva de Hábitats debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, se opone a una práctica nacional según la cual, en caso de que una actividad humana, como una medida de explotación forestal o de ordenación del territorio, no tenga claramente como objetivo la muerte o la perturbación de especies animales, las prohibiciones establecidas en esa disposición sólo se aplican si hay riesgo de que dicha actividad cause un perjuicio en el estado de conservación de las especies de que se trate, y de que, por otra parte, la protección ofrecida por la referida disposición no deja de aplicarse a las especies que hayan alcanzado un estado de conservación favorable. Y, por último, que el art. 12.1.d), de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una práctica nacional conforme a la cual, a pesar de que las medidas preventivas no impidan la pérdida de funcionalidad ecológica del hábitat natural de la especie de que se trate en una zona concreta, ya sea por daño, destrucción o

deterioro, directa o indirectamente, de forma aislada o acumulativa, sólo se impone la prohibición establecida en dicha disposición en caso de que sea probable que se deteriore el estado de conservación de la especie.

Este criterio expansivo en la interpretación de las normas reguladoras del régimen de protección de las especies, especialmente en lo que concierne a la conservación de su hábitat, queda patente también en la STJUE de 28 de octubre de 2021 (C-357/21), sobre afección de un proyecto a las zonas de descanso y lugares de reproducción del hámster común (*Cricetus cricetus*). El Tribunal considera que es preciso garantizar que los lugares de reproducción y las zonas de descanso de una especie animal protegida no sean deteriorados ni destruidos por las actividades humanas, de forma que sigan ofreciendo las condiciones necesarias para que dicha especie animal pueda descansar o reproducirse en ellos con éxito. Tal evaluación debe tener en cuenta las exigencias ecológicas propias de la especie animal a la cual pertenezca el ejemplar en cuestión, así como la situación de los ejemplares de esta especie animal que ocupan el lugar de reproducción o la zona de descanso de que se trate. De ahí que se entiende que el concepto de “*lugar de reproducción*” que se recoge en el art. 12.1.d) de la Directiva de Hábitats incluye también las inmediaciones de ese lugar en la medida en que sean necesarias para que las especies animales protegidas por dicha Directiva, como el hámster común, puedan reproducirse con éxito. Además, dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que los lugares de reproducción de una especie animal protegida deben gozar de protección durante el tiempo que sea necesario para que esta especie animal pueda reproducirse con éxito, de modo que esta protección se extiende también a los lugares de reproducción que ya no están ocupados, siempre que exista una probabilidad suficientemente elevada de que dicha especie animal vuelva a tales lugares. Y, por último, también debe interpretarse en el sentido de que los conceptos de “*deterioro*” y de “*destrucción*” que figuran en dicha disposición se refieren, respectivamente, a la reducción progresiva de la funcionalidad ecológica de un lugar de reproducción o de una zona de descanso de una especie animal protegida y a la pérdida total de dicha funcionalidad, con independencia del carácter intencionado o no de tales daños.

A más abundamiento, la STJUE de 17 de marzo de 2021 (C-900/19) analiza la posibilidad de uso de sistemas tradicionales de caza, en este caso de la liga para captura de zorzales (*Turus sp.*) y mirlos comunes (*Turdus merula*), concluyendo con que, en primer lugar, el art. 9, apartados 1 y 2, de la Directiva de Aves debe interpretarse en el sentido de que el carácter tradicional de un método de captura de aves no es suficiente, por sí solo, para justificar que dicho método no pueda ser sustituido por otra solución satisfactoria, en el sentido de la referida disposición. Además, el art. 9, apartado 1, letra c), de la citada Directiva debe interpretarse en el sentido de

que se opone a una normativa nacional que autoriza, como excepción a lo dispuesto en el art. 8 de la citada Directiva, un método de captura que supone capturas accesorias, siempre que éstas, aunque sean de escaso volumen y se produzcan durante un período limitado, puedan causar a las especies capturadas accidentalmente daños que no sean insignificantes.

Por último, la SAP de Barcelona núm. 279/21, de 19 de abril, rec. 175/20, recuerda que con la reforma operada en 2015 en el art. 334 (CP) se contempla también como delito la mera posesión de la fauna silvestre protegida, incluso en el caso de cetrería, pues ésta no tiene que ir necesariamente asociada al comercio (F.D. 2º).

10. MÁS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE EL SILVESTRISMO Y CAPTURA DE FRINGÍLIDOS

En los últimos años detectamos una regular aportación jurisprudencial al régimen legal del silvestrismo, enmarcada en la dialéctica entre la enraizada y popular cría de estas aves y la necesidad de protección de las especies objeto de esta actividad, existiendo pronunciamientos contradictorios en los Tribunales. Entre los que defienden su ejercicio tenemos la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 379/21, de 27 de julio, rec. 40/19, al entender que no existe base legal ni informes técnicos para decretar la no concesión de autorizaciones excepcionales fuera del cupo de capturas de fringílicos, no aplicando el Dictamen Motivado (CE) de 17 de mayo de 2018 que estimaba la necesidad de adelantar el final del periodo transitorio de permisos de captura, tenencia y cría de estas aves para participación en concursos de canto. Esta inaplicación se fundamenta en que este tipo de resoluciones europeas no producen ningún efecto jurídico vinculante frente a los destinatarios (F.D. 3º).

En el otro grupo se encuentra la STSJ de La Rioja núm. 47/21, de 2 de marzo, rec. 289/19, que determina la validez de una denegación de un permiso para capturar fringílicos en base a que la normativa aplicable (art. 5 Directiva de Aves y art. 54.5 Ley 42/2007) asume un principio de cautela o precaución, conforme el art. 191 (TFUE), pues pretende garantizar un elevado nivel de protección del Medio Ambiente mediante tomas de decisión preventivas en caso de riesgo (F.D. 4º), sin que pueda entrar en juego el régimen de excepciones del art. 9 de dicha Directiva al interpretarse en sentido estricto (F.D. 3º).

Por otro lado, en el ámbito penal se detecta la que era previsible acogida de la doctrina fijada en la STS de 30 de octubre de 2020, ya comentada en el correspondiente Observatorio, como ocurre en la SAP de

Madrid, Sección 16^a, núm. 205/21, de 22 de abril, rec. 484/21, al enjuiciar la colocación de unas ramas impregnadas de pegamento con la finalidad de capturar estas aves con reclamo. Se concluyó que este método de caza no selectivo no es lo suficientemente idóneo para generar un riesgo de destrucción de la riqueza animal, por lo que no es siempre equiparable al riesgo que introduce la caza con explosivos o con veneno (F.D. 3^o). En definitiva, en estos casos es preferible la tramitación de un expediente sancionador en el ámbito administrativo que intentar obtener una sentencia condenatoria por un delito contra la fauna del art. 336 (CP).

Nos encontramos ante otra situación distinta si se verifica la aprehensión de aves utilizando dicho método. Es el caso de la SAP de Madrid, Sección 2^a, núm. 507/21, de 29 de julio, rec. 1077/21, respecto a la captura de jilgueros (*Carduelis carduelis*), pues están excluidos por la normativa autonómica de las especies cazables y el enjuiciado no disponía de autorización excepcional para su captura (F.D. 7^o), por lo que conforma la comisión de un delito contra la fauna (art. 336 CP).

Por último, y como mera curiosidad, citaremos dos sentencias. Así, la STSJ de Andalucía, Sede de Sevilla, 172/21, de 10 de febrero, rec. 1455/20, por aceptar la paradoja de que un seguro de caza concertado como silvestrista deba cubrir los daños que se autoinfringió un cazador en su tobillo tras el disparo accidental de su escopeta, lo que llama la atención por cuanto las armas de fuego no son instrumentos necesarios para la práctica del silvestrismo. Y la SAP de Bilbao núm. 22/21, de 24 de marzo, rec. 56/20, por rechazar la condena a un delito de estafa por la venta a través de la página web de "Milanuncios" de unos ejemplares de jilgueros mutados que luego resultaron no ser tales. El comprador no fue diligente para proteger su dinero, pues (i) es criador de este tipo de animales, (ii) el precio era notablemente inferior al que corresponde a los animales mutados, (iii) no exigió ni se le entregó la documentación legalmente exigida, y (iv) era consciente que se podía obtener fotografías de estos animales y colgarlas en internet. De ahí que se concluya que no adoptó las mínimas precauciones, por lo que no hubo engaño (F.D. 3^o).

11. UTILIZACIÓN DE MEDIOS NO SELECTIVOS PARA CAPTURA DE FAUNA

Primeramente, la STSJ de Andalucía, Sede de Sevilla, núm. 845/21, de 27 de mayo, rec. 546/18, confirma que la caza de depredadores no puede hacerse mediante métodos no selectivos, como la jaula-trampa. Pero, además, destaca esta sentencia por la justificación de las agravantes

aplicadas: el mero uso de trampas-jaulas como el de sustancias tóxicas genera un riesgo no sólo directo para las especies que pudieran tener contacto con dicha sustancia sino también indirecto para los depredadores que se alimentan de roedores intoxicados con el veneno, además del obvio del uso de ese método no selectivo como lo acredita la captura de una gineta (*Genetta genetta*). Además, como la finalidad de estas actuaciones era evitar la competencia de depredadores naturales sobre las piezas de caza ha generado un mayor beneficio a la explotación cinegética (F.D. 6º).

Por otro lado, se constata nuevamente la aplicación y extensión de la doctrina marcada por la citada STS 562/20 de 30 de octubre. Es el caso de la SAP de Lérida núm. 104/21, de 22 de marzo, rec. 40/21, que consideró que la pesca con trasmallos, aunque sea un arte no selectivo, no incurre en riesgo para la biodiversidad, entendido como perjuicio a un número relevante de ejemplares de la especie junto al riesgo de afectación a otras especies. De ahí que se concluya con que el uso de estas redes carece de la incapacidad selectiva inherente al uso de explosivos o del veneno, aún más cuando administrativamente fue calificado como infracción leve (F.D. 2º).

12. PESCA: ENTRE EL REPARTO DE CUOTAS Y LA REGULACIÓN DEL TURISMO PESQUERO

De entre las resoluciones jurisprudenciales llaman la atención, primeramente, aquéllas cuyo objeto es determinar si los criterios de reparto de pesca establecidos en una Ley son de obligada aplicación o resultan compatibles con una asignación lineal, total o parcial, de las posibilidades de pesca. La STS núm. 622/21, de 5 de mayo, rec. 608/19, fija que la Ley no atribuye a esos criterios ningún carácter exclusivo y excluyente, sino que han de concurrir con aquellos otros que resulten adecuados para la consecución de los objetivos de gestión de recursos en cada caso. En parecido sentido, la SAN de 26 de marzo de 2021, rec. 688/18, al juzgar la reducción de cuota asignada a la captura de sardina (*Sardina pilchardus*) mediante barcos artesanales vinculados al tradicional arte del xeito, propio de Galicia, pues es proporcionado al sistema de capturas histórico, criterio contenido en la Ley, a pesar de tratarse de un método ancestral respetuoso con el Medio Ambiente.

Otro grupo de resoluciones judiciales se refieren a la pesca ilegal de la anguila (*Anguilla anguilla*) como delito contra la fauna (art. 334 CP). La SAP de Bilbao núm. 90229/21, de 20 de julio, rec. 77/21, lo considera inexistente por cuanto exige una peligrosidad material de la acción para establecer su delimitación respecto a la sanción administrativa, y en base al principio de

proporcionalidad valora el peligro, y en el caso concreto enjuiciado la nimiedad de las capturas y la ocasionalidad del hecho conduce a la falta de antijuridicidad por carecer de entidad para menoscabar o lesionar el bien jurídico protegido. La SAP de Bilbao núm. 90234/21, de 9 de septiembre, rec. 138/21, absuelve a unos poseedores de una olla de angulas que afirmaban fueron regaladas sin identificar a las personas que supuestamente las regalaron, por falta de pruebas.

Por último, normativamente existen algunas novedades destacables, especialmente en la regulación del turismo pesquero, como el Decreto 143/21, de 25 de mayo, del País Vasco, y el Decreto 31/21, de 31 de mayo, de las Islas Baleares. En ambos casos se destaca la exigencia de obtener una autorización específica (salvo menores de 14 años en el segundo caso).

13. APUNTES SOBRE EL COMERCIO INTERNACIONAL DE ESPECIES AMENAZADAS

Como viene siendo habitual, no faltan los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el comercio internacional de especies amenazadas. Como curiosidad diremos que muchos de los casos son descubiertos por publicitarse la venta en la página web "*Milanuncios*", auténtico filón para las fuerzas de seguridad que persiguen este tipo de infracciones legales.

La condena por un delito de posesión y comercialización de especies de fauna protegida (art. 334 CP) es compatible con la incoación de un expediente administrativo por los mismos hechos, en la medida en que éste quede en suspenso, conforme la SAP de Madrid 127/21, de 9 de marzo, rec. 205/21, F.D. 2º (en el mismo sentido, pero en el orden contencioso-administrativo, la STSJ de Andalucía núm. 1308/21, de 31 de mayo, rec. 887/18, al estimar un recurso por preceder una Sentencia firme de condena por un delito del art. 334.1.b) (CP)). Además, según esta misma Sentencia, la tipicidad en este delito no viene únicamente de su inclusión en un catálogo administrativo, sino que requiere la constancia objetiva de que la especie esté amenazada o en peligro de extinción. Y tampoco es suficiente alegar la antigüedad de la pieza, pues en tal caso el cumplimiento de la normativa CITES quedaría a expensas de la voluntad particular, sino que debe quedar acreditada ante el organismo CITES de cada Estado, que tiene la facultad de certificarla. También en el ámbito penal, la SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 104/21, de 24 de marzo, rec. 301/21, establece que para poder condenar por el tráfico de especies es necesario que se verifique la transmisión de ejemplares de fauna silvestre a terceros, lo que va más allá de la mera adquisición o tenencia de los mismos.

En cambio, en el ámbito administrativo, las resoluciones judiciales se centran en casos de infracciones por contrabando. Destacamos el supuesto en que se considera que no hay infracción bien porque la antigüedad de la pieza es anterior al Convenio CITES (SAN de 15 de septiembre de 2021, rec. 36/19), bien porque la tenencia de una pieza es objeto de un regalo por parte del empleador (en cuyo caso la conducta es típica y antijurídica, pero no culpable por cuanto al aceptar el regalo el particular no era plenamente capaz de entender la ilicitud de su comportamiento ni que el ordenamiento jurídico le exigiera que actuara de otro modo) (STSJ de Andalucía, Sede de Málaga, núm. 1085/21, de 7 de mayo, rec. 773/19, F.D. 3º).

El decomiso en estos casos es objeto de dos resoluciones judiciales. La acabada de citar SAN de 15 de septiembre de 2021 aclara que no procede la devolución de los bienes objeto del contrabando dado que la sanción comporta el decomiso, la confiscación de los bienes objeto de la infracción, y con ello la pérdida de propiedad sobre los mismos (F.D. 4º). Y la STJUE de 12 de mayo de 2021 (C-87/20), ante el decomiso de 6 latas de caviar de esturión de 50 gramos cada una sin disponer de permiso de importación, y la alegación de que se trataba de "*efectos personales o enseres domésticos*" por ir destinadas a ser regaladas a un tercero. Dada la obligación de hacer una interpretación estricta, se concluye que debe decomisarse la totalidad del producto, incluso la que no excedía el límite autorizado de 125 gramos, declarando que por "*efectos personales o enseres domésticos*" puede entenderse el caviar de importación que va destinado a ser regalado a un tercero, excluyendo toda finalidad comercial, eximiéndose por tanto de presentar un permiso de importación.

14. CONSECUENCIAS DE LA AFECTACIÓN DE LAS OBRAS EN LA FAUNA

Dos Sentencias a destacar tratan brevemente este tema. La primera, la STSJ Castilla y León, Sala de Valladolid, núm. 792/21, de 1 de julio, rec. 548/17, determina que la presencia de una especie protegida, en este caso el urogallo cantábrico (*Tetrao urogallus cantabricus*), en las inmediaciones de una infraestructura (en el supuesto analizado un parque eólico) no influye en las vinculadas (subestación) (F.D. 4º). La segunda, la SAP de Madrid núm. 70/21, de 22 de septiembre, rec. 4462/17, recaída en un caso por delitos contra la ordenación del territorio, es importante por cuanto reconoce la trascendencia legal de la afectación de unas obras a la fauna protegida de un espacio cuyo valor ha sido reconocido administrativamente, aunque no haya sido de forma directa, sino que basta que lo sea en potencia.

15. ALGUNAS SENTENCIAS SOBRE CAZA FURTIVA

Hay escasos pronunciamientos judiciales de interés sobre caza furtiva. Así, la STSJ de La Rioja núm. 66/21, de 24 de marzo, rec. 42/20, y en el caso de una infracción por caza furtiva, declara que el conductor del vehículo, medio usado para buscar los animales, también es autor de la misma, por cuanto quien transporta al que dispara materialmente también está cazando (F.D. 2º). Por otro lado, la STSJ de Castilla y León, Sala de Valladolid, núm. 933/21, de 16 de septiembre, rec. 933/21, considera que la caza en días de fortuna por niebla tiene un componente de apreciación subjetiva, concretamente sobre la intensidad o densidad de la misma, componente necesario para valorarla jurídicamente.

16. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA ASENSIO, José Miguel. *Análisis jurídico de los aprovechamientos forestales en España*. Barcelona: Atelier. 2017, 741 p.