

Fauna: una necesaria fijación de conceptos jurídicos

JOSÉ MIGUEL GARCÍA ASENSIO

SUMARIO: 1. PANORAMA GENERAL. 2. A VUELTAS CON EL CATÁLOGO ESPAÑOL DE ESPECIES EXÓTICAS INVASORAS. 3. SIGUE EL DESARROLLO REGLAMENTARIO SOBRE LAS LICENCIAS INTERAUTONÓMICAS DE CAZA Y PESCA EN AGUAS CONTINENTALES. 4. SE CONSOLIDA LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR DAÑOS CAUSADOS POR ESPECIES PROTEGIDAS. 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Con apenas novedades normativas, los avances en materia de protección y gestión de fauna vienen de la mano de la jurisprudencia, escasa pero importante, especialmente en lo referente al Catálogo español de especies exóticas invasoras y la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados por especies protegidas, en una labor de delimitación de conceptos y límites jurídicos, lo que le confiere un gran interés.

PALABRAS CLAVE: Catálogo, fauna, especie invasora, responsabilidad patrimonial, licencia interadministrativa de caza,

KEY WORDS: Catalogue, fauna, invasive species, equity liability, inter-administrative hunting license.

1. PANORAMA GENERAL

Legislativamente, a nivel estatal el año 2016 ha sido un ejercicio baldío, por cuanto la situación política de un Gobierno interino no ha

permitido aprobar leyes ni dictar reglamentos de desarrollo. En cuanto a las Comunidades Autónomas tampoco se ha detectado una especial actividad en esta materia. Cabe excluir alguna cuestión de orden menor, como el desarrollo reglamentario sobre licencias interautonómicas de caza y pesca en aguas continentales.

Jurisprudencialmente ha sido otra cosa, pues aunque el número de resoluciones judiciales en la materia no ha sido alto, es preciso destacar una importante Sentencia, y ya van dos, del Tribunal Supremo sobre el Catálogo español de especies exóticas invasoras, que ha procedido a aclarar importantes conceptos jurídicos.

2. A VUELTAS CON EL CATÁLOGO ESPAÑOL DE ESPECIES EXÓTICAS INVASORAS

Ya en el año 2015 el Tribunal Supremo comenzó a pronunciarse sobre los recursos interpuestos contra el Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras, dictando la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 21 de enero de 2015, recurso de casación núm. 432/2013. Y mientras que en esta Resolución judicial se decretó la exclusión de una especie de dicho Catálogo por no quedar probado su carácter de amenaza grave para las especies autóctonas, no permitiendo que entrara en juego el principio de precaución en materia ambiental¹, ahora ha analizado el caso contrario, el de unas especies que han de ser incluidas en el mismo.

La STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 16 de marzo de 2016, rec. núm. 396/2013, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís², ha realizado un importante esfuerzo en acotar los conceptos y categorías legales en la materia, rectificando la tan común tendencia a eludirlos en vía reglamentaria cuando ya están fijados en la norma de rango de ley, así como la de burlar las prohibiciones legales en dicha vía.

Quizás la aportación más importante de esta Sentencia sea la determinación de que la inclusión de una especie en el Catálogo español de

¹ Esta Sentencia ya fue objeto de comentario por parte de Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ. “*Jurisprudencia contencioso-administrativa: los límites de la potestad reglamentaria local en materia ambiental*”, en Fernando López Ramón (coord.). “*Observatorio de Políticas Ambientales 2016*”. Ed. CIEDA-CIEMAT. Madrid. 2016, pág. 440 y 441, al que nos remitimos.

² Y cuyo fallo, por afectar a una disposición reglamentaria, ha sido publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 146, de 17 de junio de 2016.

especies exóticas invasoras se trata de un acto reglado, no discrecional, ya que “(...) *a la Administración no le es lícito desatender la probada presencia de esas amenazas y excluir a su libre arbitrio, total o parcialmente, una especie de fauna o flora que sea merecedora de catalogación, en virtud de una decisión basada en criterios de mera oportunidad*” (F.D. 3º). Y al ser predicable esta nota respecto a la incorporación de una especie en el Catálogo, lo mismo ha de hacerse al tratar de su exclusión. El rechazo a la discrecionalidad debe fiscalizarse a través de la correspondiente justificación, que debe venir materializada mediante la pertinente información técnica o científica que así lo aconseje, de conformidad con lo preceptuado en el art. 61.1 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. De hecho, el STS resalta la posibilidad de que cualquier ciudadano u organización, en virtud del art. 61.2 de dicha Ley, pueda instar la inclusión o exclusión *ex nunc* de una especie en este Catálogo, pero siempre que se acompañe de una argumentación científica que respalde la medida propuesta, dejando claro que no se trata de un trámite previo y preceptivo, una suerte de vía administrativa, para impugnar judicialmente el propio Catálogo, sino un encomiable medio para actualizarlo por aparición de causas sobrevenidas, sobre cuya concurrencia y eficacia debe darse razón fundada a la Administración (F.D. 3º).

Esa motivación o justificación de raíz científica es la que debe motivar el contenido del Catálogo, y debe ser puesta de manifiesto en todo momento. De ahí que deban ser ignoradas otras consideraciones, especialmente de orden burocrático. Tal es el caso de la fecha o época en que la especie fue introducida en España, o la de la propia aprobación de la Ley 42/2007, o la región o provincia a considerar, pues se trata de divisiones administrativas subjetivas que no se atienen a razones de índole científica u objetiva. Además, ello viene impuesto por una necesaria interpretación restrictiva pues así lo imponen los principios de precaución y prevención, así como el de no regresión. Pues de lo contrario se estaría socavando las prohibiciones legales contenidas en la propia Ley 42/2007, alterando reglamentariamente sus propias determinaciones. Atenerse sin más a criterios como los expuestos, temporales o administrativos, es declarado contrario a la tutela de intereses que el Catálogo pretende salvaguardar (F.D. 5º). La fecha de la introducción en España es declarada como “(...) *un dato superfluo desde un punto de vista de la información científica en este campo (...)*”, pues las especies catalogadas lo son, lo deben ser, al margen de la antigüedad de su presencia en nuestro país, a menos que se acredite que el elemento cronológico resulta relevante a efectos de la procedencia de la catalogación de la especie (F.D. 8º).

La siguiente cuestión analizada por dicha STS tiene una raíz poco novedosa: ante una prohibición genérica de la Ley no puede permitirse excepciones o salvedades reglamentarias. En el Real Decreto 630/2013 se pretendía autorizar explotaciones de cría de visón americano (*Neovison vison*), cuando tal circunstancia venía expresamente prohibida en el art. 61.3, en relación con el apartado d) del art. 61.1, ambos de la Ley 42/2007, y sin que se incurra en la excepción de necesidad por razón de la investigación, educación, repoblación o reintroducción, o cuando se precise para la cría en cautividad orientada a dichos fines. Ante una prohibición incondicional una excepción singular a la misma no prevista expresamente en la propia Ley supone una contravención a la letra y al espíritu de la misma (F.D. 6º).

Otras veces la elusión de la Ley viene dada a través de otorgar un régimen específico y *ad hoc* para una especie catalogada, en sede reglamentaria, a fin de sortear el régimen que le correspondería por mandato legal. Una especie incluida en el Catálogo como exótica invasora está sujeto a un régimen comprensivo esencialmente de prohibiciones, entre ellas las de ser comercializada o las de ser objeto de aprovechamiento cinegético o piscícola (art. 64.3 Ley 42/2007). Es el caso, primeramente, del cangrejo rojo (*Procambarus clarkii*), para el cual el propio Real Decreto 630/2013 crea una definición en su art. 2, como es la de “*recurso zoogenético*”, consistente en aquellas especies animales que se utilizan, o se pueden utilizar, para la producción de alimentos y la agricultura. La propia STS denuncia que se persigue una finalidad ajena a la conservación, fomento o mejora de las razas, como es la de autorizar *contra legem* la extracción, tenencia, transporte y comercialización de una especie catalogada. Es decir, se confunde, interesadamente, la causa de exclusión del Reglamento, pues en vez de basarse en la información que facilita el material genético lo ha hecho en el aprovechamiento comercial de dicho cangrejo, lo que legalmente no es posible. En definitiva, el cangrejo se utiliza en el proceso productivo como un recurso más desconectado de su interés genético (F.D. 7º).

Esta decisión ha sido objeto de controversia en los medios de comunicación, por cuanto en el entorno de Doñana su pesca y comercialización supone un fuerte motor económico, con la consiguiente importancia social en la zona. Hay que reconocer que, ciertamente, el Alto Tribunal ha dictado su Resolución aplicando escrupulosamente el contenido de la Ley 42/2007, por lo que nada se le puede reprochar desde el punto de vista jurídico. Otra cosa es que sea pertinente realizar las correcciones legislativas que procedan, a fin de salvaguardar todos los intereses en juego, pero tal circunstancia ya le atañe al legislador. Por ello, y aprovechando la posibilidad que brinda el art. 10.1 del propio Real

Decreto 630/2013 sobre adopción de medidas de gestión y control, la Junta de Andalucía ha dictado la Orden de 3 de agosto de 2016, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se aprueba el Plan de Control del Cangrejo Rojo (*Procambarus clarkii*) en las Marismas del Guadalquivir, permitiendo con ello su pesca y comercialización.

También la caza o pesca de especies catalogadas está prohibida y la vía reglamentaria no es cauce hábil para revocar tal medida, pues de lo contrario se vaciaría de contenido las exigencias de control y protección de la Ley 42/2007, en las que se define el marco normativo en que debe desenvolverse la ulterior regulación reglamentaria. El Alto Tribunal viene a señalar que la consideración de una especie catalogada como exótica es incompatible con su aprovechamiento cinegético o piscícola, pues en caso contrario supondría rebajar el nivel de protección otorgado por la Ley con el consiguiente vaciamiento de su contenido normativo y, con ello, favorecer la expansión de las especies alóctonas (categoría que no coincide con las catalogadas). Es obvio que *“Está en la naturaleza de las cosas que la caza y la pesca, lejos de servir a los fines de erradicación de las especies catalogadas, más bien determinan su mantenimiento indefinido, cuando no la agravación del status quo actual, dificultando, si no haciendo imposible, su erradicación, que es una objetivo inequívoco de la Ley 42/2007”* (F.D. 8º). Como puede comprobarse, en el estatus jurídico de una especie catalogada como exótica invasora no se permite su caza o pesca, sin ser por ello una especie protegida (art. 56 y 58 Ley 42/2007). De ahí que sólo quepa su captura dentro de una planificación administrativa orientada a su desaparición, no pudiendo considerarse especie cinegética o piscícola a ningún efecto (art. 65 Ley 42/2007).

No obstante, no podemos dejar de señalar las, a veces, contradicciones, que se detectan en las opiniones de nuestros Órganos jurisdiccionales. En la citada STS de 16 de marzo de 2016 se considera que la trucha arco-iris (*Oncorhynchus mykiss*) es una especie invasora y, en consecuencia, decreta su inclusión en el Catálogo. En cambio, es curioso cotejar tal decisión con el contenido de la anterior STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso, núm. 40/2016, de 29 de enero, rec. núm. 701/2011, Ponente: Ilmo. Sr. D. Indalecio Cassinello Gómez Pardo, cuando justifica desde un punto de vista técnico-científico (que son producto de fecundación artificial, que son criados en balsas y alimentados con pienso, que carecen de capacidad reproductiva, que son escasos los ejemplares que consiguen superar la semana de vida en libertad, etc...) la imposibilidad de que esta especie pueda ser considerada como especie invasora.

3. SIGUE EL DESARROLLO REGLAMENTARIO SOBRE LAS LICENCIAS INTERAUTONÓMICAS DE CAZA Y PESCA EN AGUAS CONTINENTALES

Respondiendo a una ya vieja reclamación del sector cinegético, el día 14 de octubre de 2015 se suscribió un convenio interadministrativo entre el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y las Comunidades Autónomas de Aragón, Asturias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia, Madrid y Comunidad Valenciana para el establecimiento de una licencia única interautonómica de caza y pesca en aguas continentales para todos sus territorios, con una duración de diez años. En dicho convenio se fijaba también una tasa única de expedición.

En desarrollo de este convenio, las diferentes Comunidades Autónomas van dictando normas para adaptarse al mismo. Es el caso, por ejemplo, de la Comunidad de Madrid, que por Orden 3277/2015, de 13 de noviembre, de la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, se regula el procedimiento para la expedición en dicha Comunidad de licencias interautonómicas de caza y pesca en aguas continentales. O el de Asturias, en cuya Ley 2/2016, de 1 de julio, de medidas financieras y de gestión presupuestaria y de creación de tarifas por expedición de licencias interautonómicas de caza y pesca, se regulariza el importe de la tasa única de expedición contenida en el convenio interadministrativo de 2015 (art. 7).

4. SE CONSOLIDA LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR DAÑOS CAUSADOS POR ESPECIES PROTEGIDAS

Siguiendo la estela de resoluciones judiciales anteriores (v.gr. STSJ de Castilla y León de 11 de diciembre de 2009, rec. 1381/2008, y STS de 22 de marzo de 2013, rec. núm. 823/2010), la STSJ de Castilla y León, Sede de Burgos, Sección 2ª, núm. 135/2016, de 16 de septiembre, rec. núm. 148/2015, Ponente: Ilmo. Sr. D. Valentín Jesús Varona Gutiérrez, ratifica la responsabilidad de la Administración pública ambiental por los daños ocasionados por especies de fauna protegida (como es el caso del lobo (*Canis lupus signatus*) al sur del río Duero, que es el analizado en esta Sentencia). Para ello se basa en dos argumentos: primeramente, que es el propio ordenamiento quien encomienda a los poderes públicos la protección de la fauna, hasta tal punto que se ha defendido que sobre las especies protegidas se ha operado la denominada *publicatio*,

considerándose título suficiente para que la Administración asuma las consecuencias de los daños que las mismas ocasionen. Pero, además, y aun cuando ello no fuera así, la responsabilidad patrimonial de la Administración derivaría de la prohibición de cazar y combatir a la especie protegida, pues el particular no puede adoptar sus propias medidas, que siempre le han de corresponder a dicha Administración. De ahí que concurren dos elementos imprescindibles para que podamos estar ante una responsabilidad patrimonial de la Administración pública como es el daño antijurídico que el particular no tiene el deber de soportar, así como la relación de causalidad exigible entre la actuación administrativa y el daño causado (F.D. 6º).

Ciertamente lo expuesto no excluye un deber de diligencia por parte del particular o de un tercero, puesto que de no respetarse se rompería el nexo causal exigible para que concorra la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es el caso enjuiciado por las SSTSJ de Navarra, Sala de lo Contencioso, núms. 57/2016 y 58/2016, ambas de 15 de febrero, recs. núms. 116/2014 y 229/2014, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pueyo Calleja, al desestimar la reclamación interpuesta por una empresa contra la Administración autonómica navarra por los daños causados por el incendio de un nido de cigüeña blanca (*Ciconia ciconia*) en una torre de alta tensión, así como de la reclamación de la propietaria de la misma. Ésta omitió la diligencia debida en la retirada total y permanente del nido, así como la debida vigilancia al efecto, por lo que no quedaba probada la exigible relación de causalidad.

En la práctica nuestros Tribunales de Justicia están aplicando la teoría general de responsabilidad patrimonial a estos supuestos, eludiendo la previsión general contenida en el art. 54.6 (Ley 42/2007) de eximir a las Administraciones públicas de este tipo de responsabilidad por daños ocasionados por las especies de fauna silvestre.

5. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo. “*Jurisprudencia contencioso-administrativa: los límites de la potestad reglamentaria local en materia ambiental*”, en Fernando López Ramón (coord.). “*Observatorio de Políticas Ambientales 2016*”. Ed. CIEDA-CIEMAT. 2016. Madrid, pág. 437-484.

