

TRANSPOSICIÓN Y APLICACIÓN
DE LOS ARTÍCULOS 5, 6, 7, 8 y 9
DE LA DIRECTIVA DE AVES SILVESTRES
(79/409)
EN EL ESTADO ESPAÑOL
DE LAS AUTONOMIAS

*A Juan y Soledad por darme alas.
A Artemio por ayudarme a levantar el vuelo.
A JC por recordarme la importancia de “saber mirar”.*

INDICE

PRÓLOGO

ASPECTOS INTRODUCTORIOS.

1.1. El Derecho Comunitario en relación con el reparto interno de competencias en los Estados miembros.

1.2. Resumen de la Directiva 79/409/CEE y análisis de la misma conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sobre su transposición y aplicación.

1.2.1 Resumen de la Directiva 79/409/CEE.

1.2.1.1 Descripción general.

1.2.1.2 Los artículos 5 a 9 y el artículo 14.

1.2.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

1.2.2.1 Transposición de la Directiva en general.

1.2.2.2 Tipo de normativa en la que debe contenerse la transposición y ejecución de la Directiva por órganos subordinados.

1.2.2.3. La transposición de las prohibiciones.

1.2.2.4. La lista de aves que pueden cazarse.

1.2.2.5. Prohibiciones del artículo 7,4: los períodos de veda.

1.2.2.6. Régimen de excepciones.

1.2.2.7. Medidas de mayor protección.

1.3. El reparto de competencias en España, en relación con la protección de las especies y la caza.

1.4. La incorporación de las Directivas ambientales en España.

DESCRIPCIÓN DE LA TRANSPOSICION DE LOS ARTICULOS 5 A 9 DE LA DIRECTIVA DE AVES EN ESPAÑA.

2.1. La transposición realizada por el legislador estatal: la Ley 4/89 y sus Reales Decretos de desarrollo.

2.1.1 El artículo 5 de la Directiva (régimen general de protección)

2.1.2. El artículo 6 de la Directiva (régimen de comercialización)

2.1.3. El artículo 7 de la Directiva (caza)

2.1.4. El artículo 8 y el Anexo IV de la Directiva (prohibición de métodos masivos y no selectivos)

2.1.5. El artículo 9 de la Directiva (régimen de excepciones).

2.2. Los efectos de la Sentencia 102/95 del Tribunal Constitucional sobre la transposición estatal.

2.2.1. Régimen de protección general (artículo 5 de la Directiva).

2.2.2. Régimen de comercialización (artículo 6 de la Directiva).

2.2.3. Caza (artículo 7 de la Directiva).

2.2.4. Prohibición de métodos masivos y no selectivos (artículo 8 y Anexo IV de la Directiva).

2.2.5. Régimen de excepciones (artículo 9 de la Directiva).

2.2.6. Resumen de los efectos de la Sentencia sobre la transposición de la Directiva de Aves.

2.3 Las Comunidades Autónomas

2.3.1. Actividad normativa general.

- 2.3.1.1 Normativa en materia de caza.
- 2.3.1.2 Normativa en materia de protección de la fauna.
- 2.3.2. La transposición del artículo 7,1 y del Anexo IV de la Directiva.
 - 2.3.2.1. Las ordenes anuales de veda: ¿normas de transposición o normas de aplicación?
 - a) Su vigencia anual.
 - b) Su lugar en la “escala jerárquica”
 - 2.3.2.2. CCAA que ha procedido a la incorporación en normas permanentes.

ANÁLISIS DE LA TRANSPOSICIÓN EFECTUADA.

3.1 Caracterización general

3.2. Problemas generados por la inactividad legislativa de las CCAA: la aplicación supletoria del RD 1095/89.

- 3.2.1. Problemas inherentes a la cláusula de la supletoriedad.
 - 3.2.1.1 La cláusula de supletoriedad en el contexto jurídico-político.
 - 3.2.1.2. La cláusula de supletoriedad desde un punto de vista técnico.
- 3.2.2. La aplicación supletoria del RD 1095/89 en la práctica.

3.3. Problemas generados por la actividad legislativa (estatal y autonómica).

- 3.3.1 Especies que pueden ser cazadas (artículo 7,1 de la Directiva).
- 3.3.2. Prohibición de cazar en los períodos de celo, reproducción y crianza (artículo 7,4 de la Directiva)
- 3.3.3. Prohibición de cazar en período de regreso a los lugares de cría (artículo 7,4 de la Directiva).
- 3.3.4 Métodos de caza prohibidos (artículo 8 y Anexo IV de la Directiva).
- 3.3.5. Régimen de excepciones (artículo 9 de la Directiva)
 - 3.3.5.1. El régimen de excepciones en la legislación básica estatal.
 - a) Aspectos que comportan un régimen más estricto.
 - b) Aspectos que comportan defectos.
 - c) Consecuencias del régimen de excepciones estatal en la potestad normativa de las Comunidades Autónomas
 - 3.3.5.2. Las excepciones en la normativa autonómica.

Resumen de los problemas de transposición.

4. LOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN Y SU RELACIÓN CON LOS PROBLEMAS DE TRANSPOSICION.

- 4.1. Captura de fringílicos (artículos 5 y 7,1 de la Directiva).**
- 4.2. Caza de especies que no se hallan en buen estado de conservación (artículo 7,1 y 7,4 primera frase de la Directiva).**
- 4.3. Captura de perdiz con reclamo macho en período de celo (artículo 7,4 de la Directiva).**
- 4.4. Caza de aves migradoras en su período de regreso a los lugares de cría (artículo 7,4 de la directiva).**
 - 4.4.1. Primer bloque de CCAA: Extensión de los periodos hábiles de caza a febrero e incluso marzo y establecimiento de vedas escalonadas.
 - 4.4.2. Segundo bloque de CCAA: la caza en contrapasa.
 - 4.4.3. Tercer bloque: la media veda en Ceuta.

4.5 Prácticas de caza que utilizan métodos prohibidos: los “Filats en coll”, el “Parany” y la “Barraca” (artículo 8 y anexo IV de la directiva).

4.6. Resumen de los problemas de aplicación.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA

NORMATIVA

SENTENCIAS ESTUDIADAS

AGRADECIMIENTOS

***TRANSPOSICIÓN Y APLICACIÓN
DE LOS ARTÍCULOS 5, 6, 7, 8 y 9
DE LA DIRECTIVA DE AVES SILVESTRES
(79/409)
EN EL ESTADO ESPAÑOL DE LAS
AUTONOMIAS.***

PRÓLOGO.

Celebramos este año el XX Aniversario de la promulgación de la Directiva de Aves Silvestres, la primera norma comunitaria que abordó la protección y conservación de la fauna, en concreto, de uno de los grupos faunísticos más emblemáticos y más llamativos para el hombre: las aves. Celebramos también el X aniversario de la Ley 4/89 de conservación de los espacios naturales, la flora y la fauna silvestres, instrumento que se encargó de realizar, junto con su normativa de desarrollo, la transposición inicial de esta Directiva.

Mucho se ha comentado desde 1989 acerca de la falta de transposición de la figura de las Zonas de Especial Protección para las Aves silvestres (ZEPAS), creada por la Directiva de

Aves silvestres, pero muy poco ha sido dicho acerca de la transposición de sus artículos 5 a 9, encargados de establecer el régimen de protección de las especies de la avifauna (prohibiciones generales, comercialización, caza y excepciones).

En general, se ha venido asumiendo que la transposición de los artículos 5 a 9 era correcta y básicamente idéntica a lo establecido en la Directiva. De igual modo, la mayoría de los comentarios realizados sobre la Sentencia 102/95 del Tribunal Constitucional – que resolvió los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 4/89 y su legislación de desarrollo - se han centrado en cuestiones tales como el régimen de gestión de los Parques Nacionales o el examen de cazador, pero no en los efectos que la Sentencia produjo sobre la transposición y aplicación de los artículos 5 a 9 de la Directiva y, por ende, sobre la regulación jurídica de la caza y las limitaciones que a esta actividad se le imponen para salvaguardar a la avifauna.

Sin embargo, es posible afirmar que existe un antes y un después de la Sentencia del TC, en lo que a la transposición y aplicación del régimen de protección de la avifauna se refiere. Tras la misma, las Comunidades Autónomas han cobrado un papel protagonista en todo lo relativo al cumplimiento de la Directiva, transposición incluida, que no parecen haber asumido convenientemente.

Además, y al contrario de lo que se pensaba, la legislación básica que ha sobrevivido a la Sentencia no es idéntica a la Directiva, pues, por un lado, contiene graves defectos de transposición, y por otro, creó un régimen más estricto que el comunitario. Estas peculiaridades tienen grandes implicaciones en la conservación de las aves.

Este informe ha sido elaborado a petición de SEO/BirdLife. Para su realización ha sido consultada la práctica totalidad de la normativa estatal y autonómica existente en materia de protección de especies y caza, así como jurisprudencia comunitaria y nacional. En especial, la Sentencia 102/95 del Tribunal Constitucional ya mencionada.

El informe va dirigido a identificar las posibles carencias en la transposición, o incorporación al Derecho interno español, de los artículos 5 a 9 de la Directiva de Aves silvestres y su relación con los más importantes problemas de aplicación efectiva de la misma, los cuales han sido recientemente constatados por un estudio comparativo acerca de las Ordenes de Vedas emitidas por las Comunidades Autónomas en los últimos tres años, que han llevado a cabo el Departamento de Conservación de SEO/BirdLife y su Asesoría Jurídica.

Los problemas de aplicación encontrados son **la caza de especies en declive, el establecimiento de periodos hábiles de caza escalonados, la caza en contrapasa, la captura de fringílicos, así como el mantenimiento de prácticas de caza que utilizan métodos prohibidos como el “parany” y la “barraca”, o los “filats en coll”**.

Con el presente informe se pretende, pues, encontrar el nexo que une a estas dos categorías de problemas, es decir, determinar en qué medida los problemas de aplicación derivan del hecho de la existencia de una deficiente transposición.

El resultado de este informe, como se verá, conlleva dos afirmaciones que comportan un incumplimiento por el Estado español de sus obligaciones comunitarias, al contrario de la impresión imperante hasta la fecha.

Algunos de los artículos estudiados de la Directiva comunitaria sobre conservación de Aves silvestres no se encuentran totalmente incorporados al Derecho interno.

Existen, además, graves defectos de transposición y claros casos de incorrecta aplicación de la Directiva.

El informe consta de una parte descriptiva (epígrafes 1 y 2), quizás ardua pero absolutamente necesaria, seguida de un análisis de la transposición realizada por la legislación

española y de su corrección (epígrafe 3), así como de los principales problemas de aplicación de la Directiva (epígrafe 4). En el apartado de conclusiones (epígrafe 5) se reflexiona acerca de las tendencias normativas e interpretativas que están llevando a cabo tanto los legisladores como los interpretadores y aplicadores del derecho y se proponen algunas soluciones.

ASPECTOS INTRODUCTORIOS.

1.1 EL DERECHO COMUNITARIO EN RELACIÓN CON EL REPARTO INTERNO DE COMPETENCIAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), los Estados miembros de la Comunidad Europea son libres para repartir como consideren oportuno las competencias internas y de ejecutar las Directivas comunitarias por medio de disposiciones de las autoridades regionales o locales (por ejemplo, Sentencia de 25 de mayo de 1982, Asunto 97/81).

No obstante, sea cual sea el reparto interno de competencias que escojan, los Estados no pueden ampararse en el mismo para justificar el incumplimiento de las Directivas comunitarias. Así, el hecho de que un Estado haya transferido competencias a las autoridades regionales o locales no le dispensa de la obligación de garantizar que las disposiciones de una directiva sean fielmente llevadas al Derecho Interno (por ejemplo, Sentencia de 2 de febrero de 1982, Asuntos 68 a 73/81).

El TJCE se ha pronunciado al respecto diciendo de manera reiterativa que un Estado no puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el no respeto de las obligaciones que resultan de las Directivas comunitarias (por ejemplo, Sentencia de 4 de junio de 1987 (Asunto 134/86; Comisión - Bélgica); Sentencia de 17 de junio de 1987 (Asunto 1/86; Comisión - Bélgica); Sentencia de 14 de enero de 1988 (Asuntos 227 a 230/85; Comisión - Bélgica); Sentencia de 5 de julio de 1990 (Asunto 42/89; Comisión - Bélgica); Sentencia de 11 de junio de 1991 (Asunto 290/89; Comisión- Bélgica); Sentencia de 13 de diciembre de 1991 (Asunto 33/90; Comisión - Rep. Italiana); Sentencia de 7 de abril de 1992 (Asunto 45/91; Comisión - República Helénica); Sentencia de 1 de octubre de 1998 (Asunto C-71/97; Comisión – Reino de España).

1.2 RESUMEN DE LA DIRECTIVA 79/409/CEE Y ANÁLISIS DE LA MISMA CONFORME A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (TJCE) SOBRE SU TRANSPOSICIÓN Y APLICACIÓN.

Existe ya un excelente trabajo de García Ureta, A. en el que se hace un repaso muy exhaustivo de las obligaciones dimanantes de la Directiva de Aves silvestres a la luz de la jurisprudencia del TJCE sobre la misma, que tomamos como punto de referencia. Por ello, en este epígrafe tan sólo serán tratados aquellos aspectos de la Directiva, y su jurisprudencia asociada, que pueden servirnos de base para analizar y valorar con posterioridad la transposición realizada por la legislación española, así como la aplicación que los órganos competentes vienen dando a la Directiva.

1.2.1 RESUMEN DE LA DIRECTIVA 79/409/CEE

1.2.1.1. Descripción General

La Directiva persigue como objetivo la protección, la administración, la regulación y la explotación de todas las especies de aves que viven normalmente en estado salvaje en el territorio europeo (a excepción de Groenlandia) al objeto de conservarlas (artículo 1).

Para ello obliga, en general, a los Estados miembros (EEMM) a tomar “todas las medidas necesarias para mantener o adaptar las poblaciones de todas las especies de aves en un nivel que corresponda en particular a las exigencias ecológicas, científicas y culturales, habida cuenta de las exigencias económicas y recreativas” (artículo 2).

Los artículos 3 y 4 de la Directiva obligan a la designación de Zonas de Especial Protección (ZEPA) para las aves que se relacionan en el Anexo I (calificadas por el Tribunal de Justicia como “especies amenazadas”) y para las aves migratorias, aunque no vengan listadas en dicho anexo.

Los artículos 5 a 9 se ocupan de establecer el régimen general de protección de la avifauna, el régimen de las actividades que más directamente inciden sobre la misma (comercialización y caza), así como el régimen de excepciones a las previsiones contenidas en los artículos 5 a 8.

Dado que este bloque de artículos es el protagonista de este informe, se les dedica una especial atención unos párrafos más abajo.

Los artículos 10 a 13 se ocupan de la investigación, la introducción de especies alóctonas, los informes acerca del cumplimiento de la Directiva, y de la necesidad de que las medidas que se adopten en virtud de la Directiva no conlleven un deterioro de la situación de partida de la avifauna.

El artículo 14 permite a los Estados establecer medidas de protección más intensa que las establecidas en la Directiva. Este artículo, de vital importancia para comprender la articulación que existe entre la legislación comunitaria y la de los Estados Miembros, será igualmente tratado más adelante.

Los artículos 15 a 17 versan sobre el procedimiento para modificar y adaptar al progreso técnico y científico la Directiva.

Por último, el artículo 18 establece las previsiones habituales respecto a la transposición, y el artículo 19 quienes son los destinatarios de la Directiva (los Estados miembros).

1.2.1.2 Los artículos 5 a 9 y el artículo 14.

Artículo 5 (Régimen de protección general).

Artículo 5

Sin perjuicio de los artículos 7 y 9, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para establecer un régimen general de protección de todas las especies de aves contempladas en el artículo 1 que incluirá, en particular, la prohibición de

- a) matarlas o capturarlas de forma intencionada, sea cual fuera el método empleado;
- b) destruir o dañar de forma intencionada sus nidos y sus huevos y quitar sus nidos;
- c) recoger sus huevos en la naturaleza y retenerlos, aún estando vacíos;
- d) perturbarlos de forma intencionada, en particular durante el período de reproducción y de crianza , en la medida que la perturbación tuviera un efecto significativo en cuanto a los objetivos de la presente Directiva;
- e) retener las aves de especies cuya caza y captura no estén permitidas.

En este artículo se obliga a los Estados miembros a procurar una protección integral de **todas** las especies de aves que viven naturalmente en estado salvaje en el territorio europeo, prohibiendo en particular: la muerte o captura intencionadas, la retirada de su nidos y sus huevos, la perturbación intencionada de las especies, especialmente en sus periodos de celo, reproducción y crianza, así como cualquier tipo de retención de las aves que puedan ser cazadas o capturadas.

Este mismo artículo prevé que las prohibiciones relativas a la muerte o captura y a la comercialización, puedan levantarse respecto de determinadas especies, que son las listadas en los Anexos II y III, y a las cuales les es de aplicación el régimen de comercialización y caza que se prevé en los artículos 6 y 7.

Artículo 6 (Régimen de comercialización)

Artículo 6

1 . Sin perjuicio de los apartados 2 y 3, los Estados miembros prohibirán, en lo que respecta a todas las especies de aves contempladas en el artículo 1, la venta, el transporte para la

venta, la retención para la venta así como el poner en venta aves vivas o muertas al igual que cualquier parte o producto obtenido a partir del ave, fácilmente identificables .

2 . En lo que respecta a las especies contempladas en la Parte 1 del Anexo III las actividades contempladas en el apartado 1 no estarán prohibidas, siempre que se hubiere matado o capturado a las aves de forma lícita o se las hubiere adquirido lícitamente de otro modo .

3 . Los Estados miembros podrán autorizar en su territorio, en lo que respecta a las especies mencionadas en la Parte 2 del Anexo III, las actividades contempladas en el apartado 1 y a tal fin prever unas limitaciones siempre que se haya matado o capturado a las aves de forma lícita o se las haya adquirido lícitamente de otro modo .

Los Estados miembros que deseen conceder dicha autorización consultarán previamente a la Comisión, con la cual examinarán si la comercialización de los especímenes de la especie de que se trata no pone en peligro o corre el riesgo de poner en peligro, según todos los indicios, el nivel de población, de distribución geográfica o la tasa de reproducción de la especie en el conjunto de la Comunidad . Si de este examen resultase, de acuerdo con el dictamen de la Comisión, que la autorización contemplada lleva o podría llevar a uno de los peligros antes mencionados, la Comisión dirigirá una recomendación debidamente motivada al Estado miembro desaprobando la comercialización de la especie de que se trate. Cuando la Comisión considere que no existe dicho peligro, informará al Estado miembro en consecuencia.

La recomendación de la Comisión será publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

El Estado miembro que conceda una autorización en virtud del presente apartado comprobará a intervalos regulares si siguen cumpliendo las condiciones exigidas para la concesión de dicha autorización.

4 . En lo que respecta a las especies incluidas en la Parte 3 del Anexo III la Comisión llevará a cabo unos estudios sobre su situación biológica y las repercusiones sobre la misma de la comercialización.

La Comisión someterá, a más tardar cuatro meses antes de la expiración del plazo previsto en el apartado 1 del artículo 18 un informe y sus propuestas al Comité previsto en el artículo 16 con miras a una decisión sobre la inclusión de dichas especies en la Parte 2 del Anexo III.

A la espera de dicha decisión, los Estados miembros podrán aplicar a dichas especies las regulaciones nacionales existentes sin perjuicio del apartado 3.

Este artículo prohíbe en general la comercialización y todas las actividades asociadas a la venta (transporte, retención, etc.) de todas las aves silvestres, ya estén vivas o muertas, así como de sus restos o productos. No obstante, se permite la venta (y actividades asociadas) de las aves que figuran en la parte 1 del Anexo III siempre y cuando se las haya matado, capturado o adquirido de manera lícita. Respecto de las aves que vienen enumeradas en la Parte 2 del Anexo III, la Directiva permite a los Estados que autoricen tales acciones si prevén limitaciones y consultan previamente a la Comisión. Por último, y respecto de las aves que figuran en el apartado 3 del Anexo III, la Directiva permite a los Estados aplicarles sus regulaciones nacionales en tanto que la Comisión lleva a cabo los estudios oportunos para decidir si debe incluirlas en el apartado 2.

Cualquier levantamiento de este régimen de comercialización debe hacerse mediante la utilización del régimen de excepciones que figura en el artículo 9 de la Directiva.

Artículo 7 (Caza)

Artículo 7

1 . Debido a su nivel de población, a su distribución geográfica y a su índice de reproductividad en el conjunto de la Comunidad, las especies enumeradas en el Anexo II podrán ser objeto de caza en el marco de la legislación nacional. Los Estados miembros velarán por que la caza de estas especies no comprometa los esfuerzos de conservación realizados en su área de distribución .

2 . Las especies enumeradas en la Parte 1 del Anexo II podrán cazarse dentro de la zona geográfica marítima y terrestre de aplicación de la presente Directiva.

3 . Las especies enumeradas en la Parte 2 del Anexo II podrán cazarse solamente en los Estados miembros respecto a los que se las menciona.

4 . Los Estados miembros se asegurarán de que la práctica de caza, incluyendo en su caso, la cetrería, tal como se desprenda de la aplicación de las disposiciones nacionales en vigor, respete los principios de una utilización razonable y de una regulación equilibrada desde el punto de vista ecológico de las especies de aves afectadas, y que esta práctica sea compatible, en lo que se refiere a la población de las especies, en particular a las especies migratorias, con las disposiciones que se desprenden del artículo 2. Velarán, en particular, por que las especies a las que se aplica la legislación de caza no sean cazadas durante la época de anidar ni durante los distintos estados de reproducción y de crianza. Cuando se trate de especies migratorias, velarán en particular, por que las especies a las que se aplica la legislación de caza no sean cazadas durante su período de reproducción ni durante su trayecto de regreso hacia su lugar de nidificación. Los Estados miembros transmitirán a la Comisión todas las informaciones oportunas relativas a la aplicación práctica de su legislación de caza.

Este artículo, referido a la caza, contiene diferentes previsiones, fundamentalmente:

Faculta a los Estados para permitir la caza de las especies que se enumeran en el Anexo II de la Directiva, si lo consideran pertinente. A sensu contrario, los Estados deben impedir que las especies no enumeradas en este Anexo sean cazadas. Se permite la caza de las especies del Anexo II debido a que su situación en el conjunto de la Comunidad es bueno. En cualquier caso, la práctica de la caza de estas especies no puede poner en peligro los esfuerzos de conservación que se estén llevando a cabo (art. 7,1).

La práctica de la caza sobre las especies que figuran en el Anexo II debe ser razonable y no ocasionar el declive de las poblaciones de las especies a las que afecte por debajo del nivel que corresponda. Esto implica la necesidad de establecer cupos de captura que permitan el mantenimiento de las poblaciones en un estado de conservación favorable, y si fuera preciso el establecimiento de moratorias temporales (art. 7,4, primera frase).

Obliga a los Estados a garantizar que las aves no sean cazadas durante sus periodos de celo, reproducción o crianza, ni en su trayecto de regreso a sus lugares de reproducción en el caso de las aves migradoras. Esto implica el establecimiento de vedas en tales periodos, o lo que es lo mismo, la obligación de que los periodos hábiles de caza no se adentren en los mismos (art. 7,4, segunda y tercera frase).

Así pues, para autorizar la caza o captura de especies que no figuran en el Anexo II, o para permitir la caza en periodos de celo, reproducción o crianza, o en periodo de regreso a sus lugares de cría, en el caso de las especies migratorias, es necesario acudir al régimen de excepciones previsto en el artículo 9 de la Directiva.

artículo 8 (Métodos prohibidos por masivos y no selectivos)

Artículo 8

1 . En lo que se refiere a la caza, la captura o muerte de aves en el marco de la presente Directiva, los Estados miembros prohibirán el recurso a cualquier medio, instalación o método de captura o muerte masiva o no selectiva o que pudiera causar la desaparición local de una especie, y en particular, los que se enumeran en la letra a) del Anexo IV.

2 . Asimismo, los Estados miembros prohibirán cualquier persecución con medios de transporte y en las condiciones mencionadas en la letra b) del Anexo IV.

Este artículo (apartado primero) contiene la obligación de que los Estados prohíban la utilización de los métodos masivos y no selectivos de captura, así como aquellos que pudieran ocasionar la desaparición local de una especie, y, **en particular**, los relacionados en la letra a) del Anexo IV de la Directiva.

La redacción dada al artículo 8 deja un escaso margen de apreciación a los Estados. La obligación impuesta a los Estados exige que éstos prohíban de manera general la utilización de estos métodos, instalaciones o métodos masivos o no selectivos, y además (en este sentido y no otro puede interpretarse la expresión “y en particular” que contiene este artículo) los expresamente listados en el Anexo IV. Así pues, la propia Directiva ya está calificando a los métodos que figuran en su Anexo IV como masivos, no selectivos o que pueden causar la desaparición local de una especie. Por ello, cualquier autorización de uso de los mismos debe realizarse acudiendo al régimen de excepciones que prevé el artículo 9.

Lo mismo cabe decir respecto de los medios de transporte mencionados en el apartado segundo y relacionados en la letra b) del Anexo IV.

Artículo 9 (Régimen de excepciones)

Artículo 9

1 . Los Estados miembros podrán introducir excepciones a los artículos 5, 6, 7 y 8 si no hubiere otra solución satisfactoria, por los motivos siguientes :

- a) - en aras de la salud y de la seguridad públicas,
 - en aras de la seguridad aérea,
 - para prevenir perjuicios importantes a los cultivos, el ganado, a los bosques, a la pesca y a las aguas,
 - para proteger la flora y la fauna,
- b) para fines de investigación o de enseñanza, de repoblación, de reintroducción así como para la crianza orientada a dichas acciones,
- c) para permitir, en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo, la captura, la retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas aves en pequeñas cantidades.

2 . Las excepciones deberán hacer mención de:

- las especies que serán objeto de las excepciones,
- los medios, instalaciones o métodos de captura o muerte autorizados,
- las condiciones de peligro y las circunstancias de tiempo y de lugar en las que podrán hacerse dichas excepciones.
- la autoridad facultada para declarar que se reúnen las condiciones requeridas y para decidir qué medios, instalaciones o métodos podrán aplicarse, dentro de qué límites y por parte de qué personas,
- los controles que se ejercerán.

3 . Los Estados miembros remitirán cada año un informe a la Comisión sobre la aplicación del presente artículo.

4 . Habida cuenta de las informaciones de que disponga y, en particular, de aquellas que le sean comunicadas en virtud del apartado 3, la Comisión velará constantemente por que las consecuencias de estas excepciones no sean incompatibles con la presente Directiva. En este sentido tomará las iniciativas oportunas .

Este artículo permite a los Estados establecer excepciones (también denominadas “derogaciones”) a lo previsto en los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Directiva, siempre y cuando no exista otra solución satisfactoria, la excepción se fundamente en algunos de los motivos expresamente enumerados en su apartado 1 y respete los requisitos formales establecidos en el apartado 2.

Seguindo a García Ureta pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre el artículo 9 de la Directiva:

“Desde una perspectiva amplia, esta norma es una excepción aplicable a todo el régimen de tutela, por lo que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia, **su interpretación ha de ser restrictiva**”.

Es absolutamente necesario que las excepciones se apliquen tan sólo cuando no exista “otra solución satisfactoria”. Por otra parte, dicha solución satisfactoria tiene un “carácter singular”, esto es, ha de justificarse caso por caso, y basta con que otra solución distinta al levantamiento del régimen de protección pueda tener visos de viabilidad, para que deba ser aplicada en lugar de invocar las excepciones del artículo 9,1 de la Directiva. Además, pesa

sobre las autoridades estatales la justificación de que no existe otro remedio - otra "solución satisfactoria"- distinto del de alzar el régimen de protección establecido en la Directiva.

Los supuestos de excepción que se contienen en el artículo 9,1 persiguen finalidades distintas.

El recogido en la letra a) "recoge otros intereses públicos", distintos del de protección de las aves, "que el legislador comunitario entendió de primordial importancia y, que en caso de conflicto con este han de primar sobre la tutela de las aves silvestres, incluyendo la misma protección de la fauna y la flora". Recordamos ahora que siempre que ninguna otra solución tenga visos de viabilidad.

El recogido en la letra b) "persigue fines que podrían calificarse de circulares, es decir, cabe imponer una excepción a las obligaciones generales de los artículos 5 a 8, **para llevar a cabo actividades que puedan redundar en beneficio de las aves**, en concreto, su repoblación o reintroducción o fomentando su investigación".

El recogido en la letra c) "diverge de la motivación subyacente en las otras dos anteriores, al hacer referencia a la captura, retención o explotación, sin pretender otros ulteriores objetivos....este supuesto venía recoger la existencia de similares costumbres en algunos Estados miembros".

A los comentarios de García Ureta añadimos ahora el siguiente. Es cierto que este último supuesto de excepción no persigue la consecución de ningún interés público que puede resultar preeminente, y que ampararía prácticas de caza que, en principio, están prohibidas por la misma. No obstante, la propia Directiva sigue siendo cautelosa y limita de manera estricta esta supuesta habilitación de tales prácticas, no sólo por establecer el requisito de que las capturas constituyan una "explotación prudente", se realicen sobre "pequeñas cantidades", y además "de manera selectiva", sino porque en este supuesto **la exigencia del control es doble**. En efecto, en virtud del apartado segundo del artículo 9, toda excepción debe ser obligatoriamente controlada por las autoridades, ya se trate de una excepción por daños a la agricultura, para redundar en el propio beneficio de las aves o para capturarlas en pequeñas cantidades. Sin embargo, los redactores de la letra c) del artículo 9,1 de la Directiva introdujeron expresamente, y tan sólo en este supuesto, la exigencia de que la captura se realice en "**condiciones estrictamente controladas**". **Así pues, la exigencia del control en este supuesto es mayor.**

Es también obligatorio transponer en la normativa nacional los **requisitos señalados en el apartado 2 del artículo 9 de la Directiva**, y que se mencionen en cada una de las excepciones que se adopten. Según García Ureta: "Desde la perspectiva general del artículo 9, no es suficiente con recoger en la legislación estatal las posibles excepciones que cifra el apartado 1, sino que es igualmente exigible que se añada el contenido del apartado 2 y que dichas especificaciones se establezcan en las distintas decisiones que se adopten al respecto". "De acuerdo con el artículo 9,2, los Estados miembros deben especificar una serie de aspectos al adoptar una excepción a las prohibiciones generales de la Directiva, de manera tal que la falta de cualquiera de ellos implicará su invalidez, ya que la norma comunitaria es claramente precisa y obligatoria al respecto".

5. No es posible establecer excepciones permanentes ni cabe que sean renovadas automáticamente.

Artículo 14 (las medidas de mayor protección de los Estados miembros).

Artículo 14

Los Estados miembros podrán tomar medidas de protección más estrictas que las previstas por la presente Directiva.

La Directiva de Aves permite, en este artículo, que los Estados miembros establezcan medidas más rigurosas de protección que las establecidas en la misma. El Tratado CE también permite esto en su artículo 130 T.

En cualquier caso, el establecimiento de estas medidas más rigurosas necesita de comunicación a la Comisión Europea.

1.2.2 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (TJCE).

Existen más de 15 pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acerca de la Directiva de Aves, sumamente ilustrativos en lo que al alcance de sus obligaciones se refiere. Se comentan a continuación, por bloques, los aspectos más interesantes de esta jurisprudencia para el presente Informe.

1.2.2.1 Transposición de la Directiva en general.

El TJCE se ha pronunciado sobre este particular declarando que:

“Por lo que se refiere a la transposición al Derecho interno de la Directiva, conviene observar que esta no exige necesariamente una reproducción formal y textual de sus disposiciones en una disposición legal expresa y específica, y que ésta puede resultar satisfecha en un contexto jurídico general, siempre que este asegure efectivamente la plena aplicación de la Directiva de una forma suficientemente clara y precisa (véase la Sentencia de 23 de mayo de 1985, Comisión/Alemania, 29/84). De cualquier forma, la exactitud de la transposición reviste una importancia especial en un caso como este en el que la gestión del *patrimonio común* se confía a cada uno de los Estados miembros respectivos dentro de su territorio” (Sentencia de 8 de julio de 1987, Asunto 262/85).

Como se ve, es absolutamente necesario que la transposición sea lo más exacta posible, en el sentido de que recoja adecuadamente el nivel de protección establecido en la Directiva.

Asimismo, ya se transponga la Directiva mediante la emisión de normas específicas o mediante un contexto jurídico general, es necesaria la existencia de un marco legal preciso que garantice jurídicamente su aplicación, sin que meras tendencias o prácticas administrativas, aunque sean acordes con la Directiva, puedan sustituir dicho marco legal. La exigencia de la existencia de este marco legal ha sido reforzada por el TJCE al exigir que las Directivas se vean incorporadas a los Derechos internos de los Estados miembros en su totalidad, incluso en el supuesto de que en su territorio no se lleven a cabo prácticas prohibidas por las Directivas.

Se citan a continuación extractos de Sentencias en los que estas afirmaciones encuentran su apoyo.

“En efecto, para garantizar jurídicamente y no sólo de hecho la aplicación completa de las Directivas los Estados miembros deben establecer un marco legal preciso en el ámbito de que se trate”. *Sentencia de 15 de marzo de 1990 (Asunto 339/87. Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de los Países Bajos)*.

“29. La explicación según la cual los imperativos de protección enunciados por el artículo 9 de la Directiva se respetan de hecho debido a la práctica ministerial en materia de autorizaciones de caza no puede ser acogida ya que, como señaló este Tribunal de Justicia en la sentencia de 23 de febrero de 1988 (Comisión contra Italia, 429/85), meras prácticas administrativas que, por su naturaleza, pueden ser modificadas discrecionalmente por la Administración no pueden ser consideradas como constitutivas de una válida ejecución de la obligación que incumbe a los Estados miembros destinatarios de una Directiva en virtud del artículo 189 del Tratado. Por ello, el cuarto motivo de recurso está fundado”. *Sentencia de 15 de marzo de 1990 (Asunto 339/87. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos)*

25...Como ya se ha subrayado, el hecho de que, en un Estado miembro determinado, no tengan lugar algunas de las actividades incompatibles con las prohibiciones de la Directiva, no puede justificar la inexistencia de disposiciones legales en este sentido. En efecto, para garantizar jurídicamente y no sólo de hecho la aplicación completa de las Directivas los Estados miembros deben establecer un marco legal preciso en el ámbito de que se trate. Por lo tanto, el tercer motivo de recurso debe considerarse fundado. *Sentencia de 15 de marzo de 1990 (Asunto 339/87. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos)*.

1.2.2.2. Tipo de normativa en el que debe contenerse la transposición y ejecución de la Directiva por órganos subordinados.

El Tribunal también se ha pronunciado acerca del tipo de normativa en la que debe contenerse la transposición, lo cual va estrechamente ligado a la posibilidad de delegar en órganos subordinados la ejecución de la Directiva.

La primera vez que se trató este tema, en relación con la Directiva de Aves silvestres, fue en la Sentencia de 15 de marzo de 1990 (Asunto 337/87). En este caso la Comisión alegaba que el ordenamiento jurídico interno de los Países Bajos no se había adaptado debidamente a la Directiva, por cuanto dos artículos de la Ley de caza autorizaban al Ministro competente a adoptar iniciativas que excedían los límites fijados por la misma.

El Tribunal responde que, efectivamente, una parte de las disposiciones relativas a la caza de aves en los Países Bajos estaba contenida en dos disposiciones ministeriales, pero que tales disposiciones fueron adoptadas con arreglo a la Ley de caza y publicadas en el Diario oficial neerlandés, gozaban de alcance general y podían crear derechos y obligaciones para los particulares. El Tribunal estima que, dadas las características de estas dos disposiciones ministeriales, la circunstancia de que el Derecho neerlandés se haya adaptado a la Directiva mediante instrumentos jurídicos de naturaleza diferente (Ley y disposiciones ministeriales) no es en sí misma contraria a las disposiciones del párrafo 3 del artículo 189 del Tratado, y por tanto, no es un caso de adaptación indebida de la Directiva.

El Tribunal, no obstante, se preocupa de señalar y recordar expresamente que

“la Autoridad Nacional facultada por la Ley de caza para adoptar medidas con miras a su aplicación está obligada, al igual que la propia Ley, a cumplir las disposiciones de la Directiva, especialmente las que se refieren a la posibilidad de cazar las diferentes especies y a los requisitos exigidos para el ejercicio de su caza, y no pueden ignorarlas sin que el Derecho Nacional se oponga al Derecho comunitario”.

Así pues, nada obsta para que la Directiva **se transponga** mediante **Ley, Decretos u Ordenes** (nunca mediante Circulares administrativas): lo determinante es que la disposición de que se trate pueda crear derechos y obligaciones, y que tales derechos y obligaciones puedan ser conocidos por sus destinatarios, es decir, gocen de publicidad (publicación en Diario Oficial).

Posteriormente el TJCE matiza en otra Sentencia, aunque de manera indirecta, esta afirmación y le añade un nuevo requisito: **que las normas que realicen la transposición sean estables, permanentes**. Tal Sentencia es la de 19 de enero de 1994 (Asunto 435/92) que resolvía tres cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal francés. Este tribunal estaba tramitando seis recursos de anulación interpuestos contra dos Decretos de los Prefectos de dos departamentos franceses, por los que se fijaban las fechas de veda para la temporada de caza 1992/1993. Una de las cuestiones prejudiciales que planteó este tribunal francés fue la siguiente: “Si la facultad concedida a los prefectos para fijar la fecha de veda de la caza en sus departamentos es compatible con el régimen de protección establecido en la Directiva”. El TJCE respondió a dicha cuestión (FJ 26):

“...nada impide que un Estado Miembro confíe a órganos subordinados la facultad de fijar la fecha de veda de la caza de aves de paso, **siempre que asegure, mediante una normativa general y permanente**, que dicha fecha será fijada de manera que se garantice un protección completa de las aves contempladas por la Directiva durante la migración en período de celo”.

Así pues, y como dice el Tribunal, **nada impide que la ejecución y aplicación de la Directiva se confíe a órganos subordinados, siempre que éstos se hallen vinculados por una normativa general y permanente que garantice que la Directiva se va a aplicar correctamente. Dicha normativa general y permanente será pues, la que haya realizado la transposición.**

El TJCE está, por tanto, distinguiendo, siquiera de manera implícita, entre *normativa de transposición* y *normativa de aplicación*. La primera sería esa “normativa general y permanente” que asegura que los órganos subordinados ejecutaran y aplicaran de manera correcta la directiva. La segunda será la normativa que emiten tales órganos subordinados (por ejemplo el Prefecto francés o nuestros Consejeros en las Comunidades Autónomas) para ejecutar o aplicar la directiva en un periodo de tiempo determinado. La idea de la diferencia entre norma de transposición y norma de aplicación está presente en todo este trabajo, pero sobre todo se mostrará de forma patente en la parte dedicada a la actividad normativa de las comunidades autónomas (ver epígrafe 2.3.2)

Esta idea de la permanencia o estabilidad que debe acompañar a la normativa de transposición tan sólo fue señalada por el TJCE en lo relativo al artículo 7,4 de la Directiva, el cual persigue, según palabras del propio tribunal, otorgar un régimen de completa protección a las aves en aquellos periodos en los que son más vulnerables. La extrapolación de esta idea al conjunto de las prescripciones de la Directiva se encuentra avalada por dos hechos:

Las Directivas establecen expresamente un plazo de transposición, que deben respetar los Estados. Transcurrido el mismo, los Estados que no han realizado la transposición incurren en un incumplimiento del Derecho Comunitario. Así, pues, el establecimiento de un plazo concreto para la incorporación de las Directivas al Derecho interno excluye la posibilidad de que la transposición se realice mediante normas meramente temporales.

La propia especificidad de la Directiva de Aves silvestres. El TJCE ha declarado que la avifauna es “patrimonio común europeo”, cuya gestión se encomienda a cada uno de los Estados miembros, y por ello la exactitud de la transposición reviste una especial importancia.

1.2.2.3. La transposición de las prohibiciones.

Respecto a las prohibiciones establecidas en la Directiva de Aves silvestres (prohibiciones generales del artículo 5; prohibición de cazar en periodo celo, reproducción y crianza, prohibición de cazar en periodo de regreso a los lugares de cría; prohibición de utilización de métodos masivos y no selectivos), el TJCE ha declarado que es absolutamente imprescindible que se encuentren recogidas expresamente en las legislaciones nacionales. En este sentido se manifiestan los siguientes extractos de sentencias:

“...procede observar que, para garantizar una protección eficaz y completa de las aves en el territorio de los Estados miembros, es **imprescindible** que las prohibiciones establecidas en la Directiva estén expresamente previstas en las legislaciones nacionales”. *Sentencia de 27 de abril de 1988 (Asunto 252/88, comisión- República Francesa) FJ 19 (se refiere al artículo 5,e).*

“22. A este respecto, procede destacar que las prohibiciones relativas a los medios de captura establecidas por la Directiva deben figurar en disposiciones normativas. La inexistencia de una práctica incompatible con la Directiva no puede dispensar al respectivo Estado miembro de su obligación de adoptar las medidas legales o reglamentarias que garanticen una adecuada adaptación del Derecho interno a las disposiciones de la misma. En efecto, el principio de la seguridad jurídica exige que las prohibiciones de que se trata se recojan en disposiciones legales obligatorias. Por lo tanto, debe acogerse el segundo motivo de recurso”. *Sentencia de 15 de marzo de 1990 (Asunto 339/87. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos) Se refiere al artículo 8 y al anexo IV.*

25. No puede aceptarse esta alegación del Gobierno neerlandés. En efecto, consta que la búsqueda, recogida y tenencia de huevos de paloma torcaz, corneja negra, grajilla, arrendajo y urraca, autorizadas por la normativa nacional, son contrarias a la letra c) del artículo 5 de la Directiva. Como ya se ha subrayado, el hecho de que, en un Estado miembro determinado, no tengan lugar algunas de las actividades incompatibles con las prohibiciones de la Directiva, no puede justificar la inexistencia de disposiciones legales en este sentido. En efecto, para garantizar jurídicamente y no sólo de hecho la aplicación completa de las Directivas los Estados miembros deben establecer un marco legal preciso en el ámbito de que se trate. Por lo tanto, el tercer motivo de recurso debe considerarse fundado. *Sentencia de 15 de marzo de 1990 (Asunto 339/87. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos). Se refiere al artículo 5, c).*

1.2.2.4. La lista de aves que pueden cazarse.

La técnica utilizada en la Directiva de establecer en un Anexo la lista de las aves que pueden, potencialmente, ser cazadas, implica la obligatoriedad de que los Estados impidan o prohíban la caza de las especies que no figuran en el mismo.

“13. El Gobierno belga alega que ninguna disposición de la Directiva obliga a incluir determinadas especies de aves en categorías para las que la caza resulte prohibida. El hecho de que determinadas especies de aves que no figuran en el Anexo II sean consideradas como especies de caza según la legislación belga no constituye una vulneración de la Directiva. Sólo una decisión expresa de la autoridad competente podría autorizar la caza de esas especies. Tal decisión sí que podría ser contraria a las exigencias del artículo 7 de la Directiva.

14. Al respecto, **debe señalarse que la legislación nacional debe garantizar que las especies de aves no enumeradas en el Anexo II de la Directiva no puedan ser cazadas.** En efecto, el artículo 7 de la Directiva sólo autoriza a prever que, en atención al nivel de población, a su distribución geográfica y a su tasa de reproducción en el conjunto de la Comunidad, las especies enumeradas en el Anexo II de la Directiva puedan ser cazadas”. *Sentencia de 8 de julio de 1987 (asunto C-247/85)*

“12. A este respecto, debe señalarse que el artículo 7 de la Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer, bajo determinadas condiciones y límites, que las especies enumeradas en el anexo II de la Directiva puedan ser cazadas. **Del régimen general de protección previsto por la Directiva se deriva que las legislaciones nacionales no pueden extender la lista de especies de aves del anexo II que pueden ser cazadas**”. *Sentencia de 8 de julio de 1987 (Asunto 262/85. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana)*

1.2.2.5. Prohibiciones del artículo 7, 4: los períodos de veda.

El TJCE ha estimado que el artículo 7,4, en concreto sus frases segunda y tercera, pretenden otorgar un régimen completo de protección durante los períodos en los que las aves son más vulnerables y su supervivencia está particularmente amenazada: esto es, los períodos en los que las aves que pueden ser cazadas van a desarrollar actividades tendentes a conseguir una nueva generación:

14. A este respecto, procede subrayar que las frases segunda y tercera del apartado 4 del artículo 7 de la Directiva, están destinadas a asegurar un régimen completo de protección durante los períodos en los que la supervivencia de las aves silvestres está particularmente amenazada. En consecuencia, la protección contra las actividades cinegéticas no puede limitarse a la mayor parte de las aves de una especie dada, definida según la media de los ciclos reproductivos y de los movimientos migratorios. Sería incompatible con los objetivos de la Directiva que, en situaciones caracterizadas por una dependencia prolongada de los polluelos y por una migración anticipada, una parte de la población de una especie no esté amparada por la protección establecida.

Sentencia de 17 de enero de 1991 (Asunto 157/89. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana)

En tales períodos la caza debe estar prohibida, vedada. Por ello, el Tribunal se ha preocupado de tratar el modo en que debe llevarse a cabo el establecimiento de los períodos de veda al objeto de que pueda conseguirse esa completa protección. En la **Sentencia de 19 de enero de 1994. (Asunto 435/92. Association pour la protection des animaux sauvages y otros)** el Tribunal tuvo la ocasión de pronunciarse acerca de los métodos para fijar las fechas de veda que NO son compatibles con la Directiva y acerca de si era posible el establecimiento de fechas de veda escalonadas según las diferentes especies. Se recogen a continuación tanto las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional francés como las respuestas del Tribunal:

Métodos para fijar las fechas de veda:

Cuestión: Si la fecha de veda de la caza de aves migratorias y de las aves acuáticas que son objeto de caza debe fijarse en la fecha del principio de la migración en época de celo o en función de la variabilidad del principio de la migración.

Respuesta: “ 12. Teniendo en cuenta los principios de interpretación enunciados en la citada sentencia, hay que observar que, como acertadamente subrayó el Abogado General, el método que consiste en fijar la fecha de veda de la caza en función del período durante el cual la actividad migratoria alcance su nivel máximo no puede ser considerado compatible con el apartado 4 del artículo 7 de la Directiva. Asimismo sucede para los métodos que tomen en cuenta el momento en que un determinado porcentaje de aves haya comenzado su migración o para los que consistan en determinar la fecha media del principio de la migración en período de celo”.

Vedas escalonadas.

Cuestión: Si el principio del escalonamiento de las fechas de veda de la caza en función de las especies es compatible con el régimen de protección establecido por la Directiva y, en su caso, dentro de qué límites.

Respuesta: “21. La fijación, para todas las especies afectadas, de una fecha única de veda de la caza que corresponda a la fijada para la especie que emigre anticipadamente, garantiza en principio la consecución del objetivo fijado por la tercera frase del apartado 4 del artículo 7. Sin embargo, no puede excluirse que el Estado miembro interesado pueda aportar la prueba, fundada en datos científicos y técnicos apropiados para cada caso particular, de que un escalonamiento de las fechas de veda de la caza no impide la protección completa de las especies de aves que pueden estar afectadas por dicho escalonamiento.

22. Por ello, procede responder a la segunda cuestión que las autoridades nacionales no están facultadas por la Directiva para fijar fechas escalonadas de veda de la caza en función de las especies de aves, salvo si el Estado miembro interesado puede aportar la prueba, fundada en datos científicos y técnicos apropiados para cada caso particular, de que un escalonamiento de las fechas de veda de la caza no impide la protección completa de las especies de aves que pueden estar afectadas por dicho escalonamiento”

Fechas de veda distintas según las regiones y fijación de las mismas por órganos subordinados.

Cuestión: Si la facultad concedida a los préfets para fijar la fecha de veda de la caza en sus departamentos es compatible con el régimen de protección establecido por la Directiva.

Respuesta: “24. A este respecto, procede comprobar que el hecho de que las fechas de veda de la caza sean diferentes de una región a otra es en sí mismo compatible con la tercera frase del apartado 4 del artículo 7 de la Directiva.

25. En efecto, esta disposición solamente exige que la fecha de veda de la caza se fije de modo que se haga posible una protección completa de las aves de paso durante su migración en período de celo. Si esta migración comienza en momentos diferentes en las distintas partes del territorio de un Estado miembro, este último está autorizado para fijar diferentes fechas de veda de la caza.

26. Asimismo, nada impide que un Estado miembro confíe a órganos subordinados la facultad de fijar la fecha de veda de la caza de las aves de paso, siempre que asegure, mediante una normativa general y permanente, que dicha fecha será fijada de manera que se garantice una protección completa de las aves contempladas por la Directiva durante la migración en período de celo”.

1.2.2.6. Régimen de excepciones

El TJCE ha tenido varias ocasiones para pronunciarse acerca del alcance del artículo 9 de la Directiva. Es posible afirmar que cualquier levantamiento de las prohibiciones de la Directiva debe hacerse acudiendo al régimen de excepciones. En general, el Tribunal ha declarado que los elementos esenciales del artículo 9 deben ser transpuestos al derecho interno de una manera completa, clara e inequívoca (*Sentencia de 8 de julio de 1987; Asunto 262/85. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana; FJ 38*).

El Tribunal, además, ha hecho especial hincapié en la necesaria “exactitud de la transposición” del régimen de excepciones, lo cual no es de extrañar: si dicha exactitud se exige de manera general para toda las previsiones de la Directiva, debe ser exigida con mayores razones en un caso como este, en el que se faculta a los Estados para levantar las prohibiciones:

“Como ya se ha destacado, según la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia en el ámbito de la conservación de las aves silvestres (véase la citada sentencia de 17 de septiembre de 1987), los criterios según los cuales los Estados miembros pueden introducir excepciones a las prohibiciones establecidas en la Directiva deben recogerse en disposiciones nacionales precisas, habida cuenta de que la exactitud de la transcripción reviste una importancia particular en un asunto como éste, en que se confía la administración del patrimonio común a los respectivos Estados miembros en sus propios territorios”. *Sentencia de 15 de marzo de 1990 (Asunto 339/87. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos)*.

Asimismo, el Tribunal ha declarado que es absolutamente necesario, para levantar cualquiera de las prohibiciones de la Directiva, que se de la presencia de todos los requisitos presentes en el artículo 9. Así, la facultad de los Estados de introducir excepciones al Régimen general de protección de la Directiva

“está supeditada a que concurren tres requisitos:

- en primer lugar: el Estado miembro debe limitar la excepción a los casos en los que no exista ninguna otra solución satisfactoria,
- en segundo lugar, la excepción debe basarse al menos en uno de los motivos enumerados de modo taxativo en las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 9,
- en tercer lugar, debe responder a los criterios formales enumerados en el apartado 2 de dicho artículo, que tienen como objeto limitar las excepciones a lo estrictamente necesario y permitir la vigilancia de la Comisión.

Dicho artículo, aún autorizando una amplia excepción al régimen general de protección, sólo pretende, pues, una aplicación concreta y puntual para responder a exigencias precisa y a

situaciones específicas” (FJ 21 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 1997 (Asunto C-118/94).

Así pues, y como ha destacado García Ureta, es obligatorio que la normativa nacional trasponga expresamente el presupuesto habilitador de las excepciones: es decir, la **“inexistencia de otra solución satisfactoria”** y que dicha inexistencia se vea acreditada y justificada caso por caso por las autoridades competentes.

En lo relativo a los **supuestos de excepción**, el TJCE ha declarado que la legislación nacional no puede establecer supuestos de excepción distintos a los expresamente enunciados en el artículo 9,1 de la Directiva.

“58. Si bien es cierto que la Directiva contempla una serie de motivos que permiten establecer excepciones a su régimen de protección para evitar que se produzcan daños a otros bienes susceptibles de protección, la noción de *interés local*, contemplada por la normativa belga, no figura entre tales motivos. Por ello, tampoco aquí se responde a las exigencias de la Directiva. Por consiguiente, no hay necesidad de examinar si el «arrêté royal» de 20 de julio de 1972, satisface otras de las exigencias establecidas por el apartado 2 del artículo 9 de la Directiva”. *Sentencia de 8 de julio de 1987 (asunto C-247/85)*

En definitiva, y como ha declarado el TJCE en la más reciente de sus Sentencias al respecto

“En el ámbito de conservación de las aves silvestres, los criterios con arreglo a los cuales los Estados miembros pueden introducir excepciones a las prohibiciones establecidas en la Directiva deben recogerse en disposiciones nacionales precisas” (FJ 22).

“El artículo 9 de la Directiva 79/409... debe interpretarse en el sentido de que faculta a los Estados miembros para introducir excepciones a la prohibición general de cazar determinadas especies protegidas, establecida en los artículos 5 y 7 de dicha Directiva, **únicamente a través de medidas en las que se mencionen con el debido detalle los elementos que figuran en sus apartados 1 y 2**” (Fallo) (*Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 1997 (Asunto C-118/94)*)

1.2.2.7. Medidas de mayor protección.

El TJCE ha tenido una ocasión para pronunciarse acerca del alcance de las medidas de protección más rigurosa que los Estados miembros pueden establecer en virtud del artículo 14 de la Directiva (*Sentencia de 23 de mayo de 1990, Asunto 169/89*). En base a esta Sentencia podemos entender que los Estados miembros pueden establecer medidas de mayor protección que las establecidas en la Directiva siempre que:

- se refieran a las especies más amenazadas, es decir, a las enumeradas expresamente en el Anexo I.
- se refieran a especies migratorias
- o, si se refieren a especies no enumeradas en el Anexo I o a especies no migratorias, sólo si viven habitualmente en su territorios.

1.3 EL REPARTO DE COMPETENCIAS EN ESPAÑA, EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LAS ESPECIES Y LA CAZA.

A la hora de abordar la incorporación al Derecho interno español de la Directiva de Aves silvestres hay que tener en cuenta que España es un Estado fuertemente descentralizado.

Así, el ordenamiento jurídico español, o, en jerga comunitaria, el “derecho nacional”, está constituido tanto por la legislación estatal como por la legislación de las 17 Comunidades Autónomas y 2 Ciudades Autónomas en las que se encuentra dividido el Estado español.

La relación entre el ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos autonómicos es algo compleja. En primer lugar, es preciso comprender que la legislación estatal no goza *per se* de supremacía respecto de los ordenamientos autonómicos.

Así, las relaciones entre el ordenamiento estatal y un ordenamiento autonómico dado se rigen, en primer lugar, por el “**principio de competencia**”. Según este principio, el Estado sólo podrá entrar a normar aquellas materias que son de su competencia, sin poder regular materias que son competencia de las CCAA y viceversa.

La determinación de las competencias del Estado y de las CCAA viene fijada en el “Bloque de constitucionalidad”, esto es: la Constitución española (artículos 148 y 149) y los Estatutos de Autonomía.

De un modo general, es posible resumir el reparto de competencias vigente en España del siguiente modo:

Existen competencias que son exclusivas del Estado.

Existen competencias que son exclusivas de las Comunidades Autónomas

Existen competencias que son compartidas por el Estado y las Comunidades Autónomas (en estos casos se suele encomendar al Estado el establecimiento de la legislación estatal básica en una determinada materia, y a las Comunidades Autónomas desarrollarla y aplicarla).

El llamado “**principio de jerarquía**” tan sólo opera dentro de cada uno de los ordenamientos - estatal y autonómicos - que conforman nuestro Estado compuesto, sin que pueda predicarse una especie de jerarquía transversal del primero a los segundos. Según este principio, los distintos tipos de normas (Leyes de los Parlamentos, Decretos del Gobierno, Ordenes de los titulares de las “carteras”) se relacionan entre sí de manera vertical, de tal manera que la Ley está por encima de los Decretos, y éstos de las Ordenes. El principio de jerarquía implica, pues, que un Decreto no puede ir en contra de una Ley ni derogarla, de la misma manera que una Orden no puede derogar ni ir en contra de un Decreto o una Ley.

En caso de conflicto entre normas estatales y autonómicas, dictadas todas ellas conforme a la Constitución, se aplicaría el “**principio de prevalencia o primacía**” - no el de jerarquía - según el cual el único caso en el que puede darse una preeminencia del ordenamiento estatal sobre los autonómicos es cuando las reglas de competencia otorgan al Estado la competencia para dictar la legislación básica en una materia o cuando el Estado está normando en materias de su exclusiva competencia.

Por último, y como mecanismo de cierre de todo este sistema, encontramos la llamada “**Cláusula de supletoriedad**”, que pretende que el ordenamiento jurídico español sea lo más completo posible. De esta manera, si una CCAA no ha regulado una materia que es de su competencia, y esa materia está regulada en la legislación estatal, se aplicaría la norma estatal, que llenaría el “vacío legal autonómico”.

En la materia que nos ocupa, la Constitución Española aborda el reparto de competencias recogiendo **dos títulos competenciales diferentes que inciden sobre el mismo objeto: la fauna**. Estos títulos competenciales son: la “protección del medio ambiente” y la “caza”.

La “*protección del medio ambiente*” es una **competencia compartida** entre el Estado y las CCAA, correspondiendo al primero dictar la “*legislación básica en materia de protección del medio ambiente*” (es decir, establecer el mínimo de protección que debe regir en todo el Estado Español, y que las CCAA deben respetar en todo caso) y a las CCAA, la “*gestión en materia de protección de medio ambiente*” (es decir, desarrollar tal normativa básica y ejecutarla) y el “*establecimiento de normas adicionales de protección del medio ambiente*”, (establecer en su territorio una protección más intensa que la establecida por el Estado como mínimo en su legislación básica estatal).

En cuanto al título competencial “caza”, se trata de una **competencia exclusiva de las CCAA**.

En la actualidad todas las CCAA se encuentran en el mismo nivel de asunción de competencias en materia de protección del medio ambiente y caza.

Tal reparto de competencias implica que el Estado no puede entrar a regular la caza, al ser una competencia exclusiva de las CCAA. Sus posibilidades de acción se ven por tanto reducidas: tan sólo podrá regular aspectos referidos a la caza si tales aspectos pueden incardinarse, por su finalidad, dentro de la “protección de la fauna” y si sus normas o artículos pueden incardinarse dentro del concepto técnico - jurídico de “legislación básica”.

El concepto de “legislación básica” y su alcance no son fáciles de determinar *a priori*. Tampoco la frontera que separa las competencias en materia de caza y protección del medio ambiente. Esto origina la interposición continua de recursos de inconstitucionalidad contra normas emanadas del Estado o de las CCAA. En el primero de los casos - recursos contra normativa estatal- son las CCAA las que recurren, por entender que el Estado se ha extralimitado en su competencia a la hora de dictar la normativa básica y ha usurpado competencias de las CCAA. En el segundo - recursos contra normativa autonómica - es el Estado el que recurre, al considerar que la normativa autonómica no respeta los requisitos establecidos en la legislación básica.

Por el momento debe bastarnos la idea de que, **en materia de medio ambiente, la legislación básica estatal es “el mínimo de protección que debe regir de manera uniforme en todo el territorio del Estado Español”**. Pero para ser tal mínimo es preciso que se den una serie de circunstancias:

En primer lugar, la legislación estatal debe tener una **clara finalidad protectora del medio ambiente, o de algunos de sus elementos** (por ejemplo, la fauna).

En segundo lugar, y desde un punto de vista técnico - jurídico, esta legislación debe ser **general, genérica, precisa y esquemática, pero nunca casuística**. Es decir, tiene que ser realmente básica.

En tercer lugar, el **legislador estatal debe decidir expresamente declararla como básica**. Esto es así porque lo básico es, además, un *concepto político*. De tal manera que el Estado goza de una cierta discrecionalidad a la hora de decidir si una norma ambiental (que revista las características de lo básico: finalidad protectora y generalidad) será básica o no. Esta discrecionalidad política se muestra en muchas ocasiones a la hora de transponer las Directivas comunitarias. Con ella, el Estado puede escoger el margen de libertad que quiere otorgar a las CCAA.

1.4. LA INCORPORACIÓN DE LAS DIRECTIVAS AMBIENTALES EN ESPAÑA.

La incorporación de una Directiva comunitaria ha de realizarse siempre respetando el reparto de competencias que rija en el Estado. Según el reparto que realiza la Constitución española, descrito sucintamente en el epígrafe anterior, en principio, existen dos maneras de incorporar una Directiva ambiental al “Derecho nacional” español:

Si las prescripciones de la Directiva pueden entrar en el concepto de “legislación básica de protección del medio ambiente”, el Estado dicta la normativa de transposición dotándola de carácter básico. En este caso, y en principio, no existen problemas en lo relativo a la incorporación, ya que la normativa estatal debe ser respetada por todas las CCAA y, por tanto, despliega todos sus efectos en todo el territorio nacional español.

Si las prescripciones de la Directiva no pueden entrar dentro del concepto anterior, porque versan sobre materias que son de competencia exclusiva de las CCAA, deben ser ellas las que dicten la normativa de transposición. En este caso, la efectiva transposición de la Directiva en todo el territorio nacional dependerá de que todas las CCAA dicten normativa para realizarla.

Siguiendo este criterio competencial y teniendo en cuenta la posibilidad que tienen los Estados de establecer medidas más estrictas de protección, se aporta a continuación un esquema (Cuadro 1) que permite visualizar la relación entre la normativa comunitaria, estatal y autonómica, dependiendo de la materia en que incardinemos un determinado precepto comunitario.

Cuadro 1

Legislación Comunitaria: *mínimo de protección*

si el precepto comunitario es

protección del medio ambiente (1)

si el precepto comunitario versa sobre una

competencia exclusiva de las CCAA, por ejemplo la **caza**

Legislación básica estatal (2)

debe respetar el mínimo comunitario

pero puede establecer medidas más estrictas

Legislación autonómica

debe respetar el mínimo comunitario
pero puede establecer medidas más estrictas.

Legislación autonómica

debe respetar el mínimo establecido en la legislación básica estatal
pero puede establecer
“normas adicionales de protección”

Porque tiene una clara finalidad protectora del medio ambiente (2) Siempre que dicha legislación sea genérica y el estado considere políticamente oportuno atribuirle carácter básico.

Este esquema puede presentar variaciones.

Como ya ha sido comentado, lo básico es también un concepto político, que permite al Estado determinar el grado de libertad que quiere dejar a las CCAA, también en su relación con la normativa comunitaria. Así, es posible que nos encontremos ante supuestos en los que se transpone una Directiva mediante legislación estatal, pero no se la dota de carácter básico, pudiendo tenerlo.

En esos supuestos, la legislación estatal, al no ser básica, no debe ser respetada obligatoriamente por las CCAA. No podemos, por tanto, considerarla como el mínimo de protección que deber regir en todo el territorio español. En estos casos, las CCAA, a la hora de normar, tan sólo deberán respetar el mínimo de protección establecido en las Directivas, aun cuando la legislación estatal haya establecido medidas de protección más estrictas.

Esto es lo que ha ocurrido con la Directiva 90/313 de Libertad de acceso a la información ambiental. El Estado español la incorporó al Derecho interno mediante la Ley 38/95. En dicha Ley se establecían los supuestos excepcionales en los que podía denegarse la información y en el caso concreto del secreto comercial instauró una excepción más estricta que la comunitaria, al determinar que dicho secreto tenía que venir amparado por una disposición legal. Pero no dotó del carácter básico a las excepciones al derecho de acceso, es decir, no obligó a las CCAA a respetar su régimen más estricto. Por ello, las CCAA al legislar en materia de acceso a la información ambiental tan sólo deberán respetar el mínimo comunitario.

Por otra parte, también viene siendo habitual en España que el Estado realice la transposición de las Directivas ambientales, aun cuando éstas afecten a competencias exclusivas de las CCAA. En estos casos las normas estatales tienen una eficacia supletoria. Es decir, se van a aplicar en tanto las CCAA no dicten normas propias en las que se regule la materia en cuestión. De este modo se solventa, en principio, el posible incumplimiento del Derecho comunitario derivado de una falta de transposición.

2. DESCRIPCIÓN DE LA TRANSPOSICIÓN DE LOS ARTÍCULOS 5 A 9 DE LA DIRECTIVA DE AVES EN ESPAÑA.

2.1. LA TRANSPOSICIÓN REALIZADA POR EL LEGISLADOR ESTATAL: LA LEY 4/89 Y SUS REALES DECRETOS DE DESARROLLO.

El Estado español incorporó al Derecho interno, en los años 89 y 90, los artículos 5, 6, 7, 8 y 9 de la Directiva de Aves **a través de normativa estatal a la que calificó de básica**. Por tanto, la Directiva se encontraba traspuesta al derecho interno a través de normas estatales que desplegaban su eficacia en todo el territorio nacional, ya que las CCAA, a la hora de establecer su normativa, tenían en todo caso que respetar lo establecido en dicha legislación básica.

Esta normativa estatal está constituida fundamentalmente por la Ley estatal 4/89, de 23 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales, la Flora y la Fauna silvestres. Esta Ley declara expresamente en su preámbulo que fue dictada para trasponer la Directiva de Aves silvestres y dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado español (Convenio de Berna, por ejemplo).

Acompañan a esta Ley tres Reales Decretos (RD) que el Estado dictó en su desarrollo: el RD 1095/89 relativo a las especies objeto de caza y pesca, el RD 1118/89 relativo a las especies comercializables y el RD 439/90 relativo al Catálogo Nacional de Especies Amenazadas.

Estos Reales Decretos no contienen en su preámbulo mención alguna a la Directiva, pero se dictan para desarrollar preceptos de la Ley que sirven para incorporar al derecho interno esta norma comunitaria. Además, estos Reales Decretos aparecen mencionados expresamente en el Segundo Informe de aplicación de la Directiva de aves silvestres de la Comisión Europea (1993), por lo que debieron ser comunicados en su día a la Comisión.

La aprobación de la Ley 4/89 fue un hito de especial importancia en la historia del tratamiento normativo de la naturaleza española. Con ella aparecen regulados en una única norma, por primera vez, tanto el régimen de los espacios naturales como el de protección de la fauna y de la flora. En lo que al tratamiento de la fauna se refiere, la Ley da un giro de ciento ochenta grados, pues establece un régimen de protección para **todas** las especies de fauna silvestre.

En esencia, el régimen de protección establecido es muy similar al de la Directiva. Todas las especies de fauna se encuentran protegidas por un régimen general que impide su muerte, perturbación, etc. Tan sólo se podrán cazar y comercializar las especies que reglamentariamente se determinen. Respecto de la caza, la Ley impone una serie de salvaguardias, como la prohibición de cazar en periodo de celo reproducción y crianza, y en periodo de regreso hacia los lugares de cría, o la prohibición de utilizar para su captura métodos masivos y no selectivos. Existe además, un régimen de protección aún más estricto para las especies más amenazadas, para las cuales se prevé un régimen de catalogación. Del mismo surge la obligatoriedad de elaborar Planes de Recuperación (para las especies en

peligro de extinción), de Conservación de su Hábitat (para las Especies Sensibles a la alteración de su hábitat), de Conservación (Especies vulnerables) y de Manejo (Especies de interés especial). Finalmente, al igual que la Directiva y el Convenio de Berna, instaura un régimen de excepciones.

La Ley 4/89 ha sido reformada recientemente por la Ley 40/97, que ha venido a introducir modificaciones en el régimen de excepciones.

Se describe a continuación de manera detallada cómo fueron transpuestos los artículos 5 a 9 de la Directiva de Aves. Es preciso recordar que toda la legislación que va a ser mencionada en los sucesivos epígrafes fue declarada “**legislación básica**”.

2.1.1. EL ARTÍCULO 5 DE LA DIRECTIVA (RÉGIMEN GENERAL DE PROTECCIÓN)

El artículo 5 de la Directiva de Aves se incorporó al Derecho español a través del **artículo 26,4 de la Ley 4/89**, cuyo texto es el siguiente:

“Queda prohibido dar muerte, dañar, molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres, y especialmente los comprendidos en alguna de las categorías enumeradas en el artículo 29, incluyendo su captura en vivo y la recolección de sus huevos o crías, así como alterar y destruir la vegetación.

En relación con los mismos quedan igualmente prohibidos la posesión, el tráfico y comercio de ejemplares vivos o muertos o de sus restos, incluyendo el comercio exterior”.

2.1.2. EL ARTÍCULO 6 DE LA DIRECTIVA (COMERCIALIZACIÓN).

El artículo 6 de la Directiva de Aves fue incorporado al Derecho español a través de los **artículos 26,4 (segundo párrafo) y 34, c) de la Ley 4/89 y del Real Decreto 1118/89**.

“En relación con los mismos [los animales silvestres] quedan igualmente prohibidos la posesión, el tráfico y comercio de ejemplares vivos o muertos o de sus restos, incluyendo el comercio exterior” (*artículo 26,4, segundo párrafo*)

“Sólo podrán ser objeto de comercialización, en vivo o en muerto, las especies que reglamentariamente se determinen” (*art. 34, c) Ley 4/89*)

El Real Decreto, por su parte, vino a establecer el listado de especies comercializables.

2.1.3. EL ARTÍCULO 7 DE LA DIRECTIVA (CAZA).

Las diferentes previsiones que contiene este artículo han sido incorporadas de la siguiente manera:

- **La primera de sus previsiones** (especies que pueden ser cazadas) fue incorporada a nuestro Derecho interno a través del **artículo 33,1 de la Ley 4/89** y del **artículo 1 del Real Decreto 1095/89**, el cual remitía a su **Anexo I**, en el que se contenía el Listado de especies cinegéticas.

“La caza y pesca en aguas continentales sólo podrá realizarse sobre las especies que reglamentariamente se declaren como piezas de caza o pesca, declaración que en ningún caso podrá afectar a especies catalogadas” (*artículo 33,1 de la Ley 4/89*)

“En desarrollo de lo establecido en el artículo 33,1 de la Ley 4/1989, se declaran objeto de caza o pesca, las especies que se relacionan en los Anexos I y II del presente Real Decreto” (*artículo 1,1 del RD 1095/89*).

- **La segunda de las previsiones** (la caza debe respetar los principios de una utilización razonable) se incorporó a través del **artículo 34, d) de la Ley 4/89**:

“Se podrán establecer moratorias temporales o prohibiciones especiales cuando razones de índole biológica lo aconsejen”.

La tercera de las previsiones (prohibición de cazar en periodo de celo, reproducción o crianza, así como durante el trayecto de regreso a sus lugares de cría, para el caso de las especies migratorias) fue incorporada mediante el **artículo 34,b) de la Ley 4/89**:

“Queda igualmente prohibido con carácter general el ejercicio de la caza durante las épocas de celo, reproducción y crianza, así como durante su trayecto de regreso hacia los lugares de cría en el caso de las especies migratorias”.

El Estado español, además, optó por delimitar específicamente el periodo que se consideraba incluido en el periodo de regreso de las especies migratorias a sus lugares de cría y por establecer para las aves acuáticas una limitación en cuanto a la apertura del periodo hábil para su caza, a través del **artículo 4,2 y la Disposición Adicional Segunda del RD 1095/89**.

“A los mismos efectos, se considerarán periodos de regreso hacia los lugares de reproducción de las especies cinegéticas migratorias los comprendidos entre el 1 de febrero y el 31 de mayo” (*art. 4,2 RD 1095/89*)

“En aplicación de la disposición adicional cuarta de la Ley 4/1989, el período hábil de caza de las aves acuáticas, que establezcan las Comunidades Autónomas no podrá dar comienzo antes del 15 de octubre de cada año” (*Disposición Adicional Segunda del RD 1095/89*)

2.1.4. EL ARTÍCULO 8 Y EL ANEXO IV DE LA DIRECTIVA (PROHIBICIÓN DE MÉTODOS MASIVOS Y NO SELECTIVOS).

El contenido del artículo 8 fue incorporado a nuestro Derecho interno a través del artículo **34,a) de la Ley 4/89**. En cuanto al Anexo IV de la Directiva, se incorporó a través del artículo **3 del RD 1095/89**, que remite a su **Anexo III**, en el cual se contiene el listado de los métodos prohibidos.

“Salvo en las circunstancias y condiciones excepcionales enumeradas en el artículo 28,2 de la presente Ley quedan prohibidas la tenencia, utilización y comercialización de todos los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales, en particular venenos y trampas, así como aquellos que puedan causar localmente la desaparición o turbar gravemente la tranquilidad de las poblaciones de una especie” (*artículo 34, a de la Ley 4/89*).

“En aplicación del artículo 34, a) de la Ley 4/1989, se consideran procedimientos masivos y no selectivos prohibidos, para la captura o muerte de animales, los que se relacionan en el Anexo III.

Las CCAA podrán prohibir en sus respectivos ámbitos territoriales la utilización de otros procedimientos que puedan causar localmente la desaparición o turbar gravemente la tranquilidad de las poblaciones de una especie” (*artículo 3, apartados 1 y 2 del RD 1095/89*).

2.1.5. EL ARTÍCULO 9 DE LA DIRECTIVA (Régimen de excepciones).

Este artículo fue incorporado a nuestro Derecho a través del **artículo 28,2 de la Ley 4/89**. Recientemente, la Ley 40/97 ha reformado la Ley 4/89 precisamente en lo relativo al régimen de excepciones.

En un primer momento, la Ley 4/89 tan sólo incorporó los supuestos de excepción contenidos en las letras a) y b) del artículo 9,1 de la Directiva, presentando además un grave defecto de transposición - entre otros que se comentan más adelante - al no incluir como presupuesto habilitador de las excepciones que éstas se otorgasen “en ausencia de otra solución satisfactoria”. La modificación de esta Ley, mediante la Ley 40/97, solventó este problema y, además, incluyó el supuesto contenido en la letra c) del artículo 9,1, pero con un alcance más restringido que el contenido en la legislación comunitaria. Sin embargo, la modificación no solventó otros problemas de transposición que presenta este artículo. Todos estos aspectos se tratan de una manera pormenorizada en un epígrafe posterior (ver epígrafe 3.3.5).

Esta es la redacción que el artículo 28,2 presenta en la actualidad:

“2. Podrán quedar sin efecto las prohibiciones del artículo 26,4, previa autorización administrativa del órgano competente, si no hubiere otra solución satisfactoria, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

si de su aplicación se derivaran efectos perjudiciales para la seguridad de las personas.

Cuando de su aplicación se derivaran efectos perjudiciales para las especies protegidas.

Para prevenir perjuicios importantes a los cultivos, el ganado, los montes, la caza, la pesca y la calidad de las aguas.

Cuando sea necesario por razones de investigación, educación, repoblación o reintroducción, o cuando se precise para la cría en cautividad.

Para prevenir accidentes en relación con la seguridad aérea

Para permitir en condiciones estrictamente controladas y mediante métodos selectivos y tradicionales, la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies cinegéticas en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar la conservación de las especies”.

Existen otros artículos en la Ley 4/89 que bien se remiten al artículo 28,2, bien incorporan excepciones concretas. Este es el caso del **artículo 34,a)** que recoge la prohibición de métodos masivos y no selectivos, y de la **Disposición adicional Octava** de la Ley (introducida por la Ley 40/97) que permite la caza de aves migratorias en su período de regreso a sus lugares de cría.

“Salvo en las circunstancias y condiciones excepcionales enumeradas en el artículo 28,2 de la presente Ley quedan prohibidas la tenencia, utilización y comercialización de todos los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales, en particular venenos y trampas, así como aquellos que puedan causar localmente la desaparición o turbar gravemente la tranquilidad de las poblaciones de una especie” (artículo 34, a de la Ley 4/89).

“Si no hubiera otra solución satisfactoria, y cumpliendo los requisitos de los apartados 3 y 6 del artículo 28, la Administración competente podrá dejar sin efecto la prohibición establecida en el párrafo b) del artículo 34 respecto de las aves migratorias no catalogadas y durante su trayecto de regreso a sus lugares de cría, para permitir, en los lugares tradicionales, en

condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo, la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies cinegéticas en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar la conservación de las especies” (Disposición adicional octava).

En el cuadro de la página siguiente puede observarse de modo resumido la transposición que realizó la legislación estatal.

Cuadro 2

Directiva

Legislación estatal

Contenido

Artículo 5 (prohibiciones generales)

Ley 4/89: art. 26,4

Prohibición de matar, capturar molestar, poseer animales silvestres, incluida la recolección de huevos y crías.

Artículo 6 (comercialización)

Ley 4/89: art. 26,4, 2º párrafo

Prohibición de posesión, tráfico y comercialización .

Ley 4/89: art. 34, c)

Sólo podrán comercializarse las especies que reglamentariamente se determinen

RD 1118/89

Determina las especies comercializables.

Artículo 7 (caza) y **Anexo II** (especies que pueden ser cazadas)

Ley 4/89: art. 33,1

Encomienda a desarrollo reglamentario la determinación de las especies cinegéticas, estableciendo como única obligación que dicha condición no podrá recaer sobre las especies catalogadas.

RD 1095/89: art. 1 y Anexo I

Establece el listado de especies cinegéticas.

Ley 4/89: art. 34,d)

Posibilidad de establecer moratorias o vedas cuando razones de índole biológico lo aconsejen.

Ley 4/89: art. 34,b)

Prohibición de cazar en periodo de celo, reproducción y crianza, así como de cazar en periodo de migración prenupcial.

RD 1095/89: art. 3,2 y Disposición adicional segunda

Determina el periodo de migración prenupcial, en el que la caza está prohibida: 1 de febrero-31 de mayo.

Establece que la apertura de la veda de especies acuáticas no puede dar comienzo antes del 15 de octubre.

Artículo 8 (prohibición de métodos masivos y no selectivos)
y Anexo IV (listado de métodos masivos y no selectivos)

Ley 4/89: art. 34, a)

Prohíbe la utilización de métodos masivos y no selectivos

RD 1095/89: artículo 4 y Anexo III

Establece el listado de métodos prohibidos.

Artículo 9 (excepciones)

Ley 4/89: art. 28

(según la modificación realizada por la Ley 40/97)

Régimen general de excepciones: ausencia de otra solución satisfactoria, supuestos de excepción y garantías formales (controles, etc.).

Permite excepciones a las prohibiciones generales del artículo 26,4.

Ley 4/89: Disposición Adicional Octava

(introducida por la Ley 40/97)

Permite establecer excepciones a la prohibición de cazar en periodo de migración prenupcial.

Ley 4/89: art. 34, a)

Permite establecer excepciones a la prohibición de utilización de métodos masivos y no selectivos.

2.2. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA 102/95 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA TRANSPOSICIÓN ESTATAL.

Diversas Comunidades Autónomas (Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Cataluña, Galicia y País Vasco), discreparon respecto de la calificación de básicos que se otorgaba a determinados artículos de las normas estatales mencionadas y las recurrieron ante el Tribunal Constitucional.

Tales recursos fueron resueltos por la Sentencia 102/95, de 26 de junio, dictada por el Tribunal Constitucional, que delimitó la frontera existente entre los títulos competenciales implicados: "legislación básica de protección de la fauna" (al ser la fauna un elemento integrador del concepto medio ambiente) y "caza". Esta Sentencia acabó declarando que algunos de los artículos estatales impugnados no gozaban del carácter básico y que las competencias controvertidas correspondían a las CCAA. Por lo tanto, sus previsiones no tenían que ser respetadas por las CCAA.

Fundamentalmente, la retirada del carácter básico se produjo sobre aspectos referidos a la caza: el "qué" se puede cazar (especies cinegéticas), el "cómo" se puede cazar (métodos prohibidos) y el "cuando" se puede cazar (períodos de veda).

Se describe a continuación cómo quedó el panorama de la transposición de la Directiva tras la Sentencia 102/95 del Tribunal Constitucional.

2.2.1. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN GENERAL (ARTÍCULO 5 DE LA DIRECTIVA).

El artículo 5 de la Directiva fue incorporado al Derecho español por el artículo 26, 4 de la Ley 4/89, cuyo carácter básico fue confirmado por la Sentencia del TC con estas palabras:

"es irreprochable el contenido sustantivo de los artículos 26,..."

Por tanto, el artículo 26,4 de la Ley rige en todo el territorio español y las CCAA deben respetarlo a la hora de establecer su normativa y a la hora de aplicarla.

2.2.2. RÉGIMEN DE COMERCIALIZACIÓN (ARTÍCULO 6 DE LA DIRECTIVA).

También respecto de la transposición de este artículo, realizada por los artículos 26,4 (segundo párrafo) y artículo 34,c) de la Ley y el RD 1118/89 fue confirmado su carácter básico por la Sentencia del TC. El TC dijo al respecto:

“Respuesta positiva también en lo esencial {es decir, se mantiene su carácter básico}, por dirigirse directamente a la misma finalidad tuitiva, merece el supuesto de “comercialización en vivo o en muerto” de las especies que reglamentariamente se determinen, con una notoria dimensión supranacional. Este control de la comercialización tiene un carácter instrumental, pero con una relación directa, para la protección de aquellas especies cuyo precio en el mercado despierta la avaricia y desencadena la agresividad, como ha sido el caso del marfil o las pieles, las grasas y otros productos, que han opuesto en peligro al elefante, la ballena o el visón, sin olvidar la deforestación por mor de muy diversos factores. La legitimidad de esta norma constitucional se transmite, por las razones intrínsecas expuestas, a su desarrollo reglamentario contenido en el RD 1118/89, dictado precisamente como advierte su artículo 1 al abrigo del artículo 34,c) de la Ley, donde se determinan las especies comercializables y se dictan reglas al respecto”

Por tanto, los artículos mencionados rigen en todo el territorio español y las CCAA deben respetarlos a la hora de establecer su normativa y a la hora de aplicarla.

2.2.3. CAZA (ARTÍCULO 7 DE LA DIRECTIVA).

El TC retiró el carácter básico de algunas de las previsiones estatales que procedían a incorporar este artículo de la Directiva. Fundamentalmente, las relativas a qué se puede cazar, cómo y cuándo, que se contenían en el RD 1095/89.

De modo general, el TC hizo algunas consideraciones genéricas acerca de las competencias sobre protección del medio ambiente y caza:

“La caza y la pesca son actividades tan antiguas como el hombre y con una repercusión que puede llegar a ser nefasta precisamente para las especies más apreciadas, algunas desaparecidas y otras al borde de la extinción, en las cuales siempre ha primado el ánimo de lucro, motor de su peligrosidad. Por lo dicho...tienen una influencia directa para la supervivencia de la fauna silvestre, como elemento del medio ambiente. **Ello legitima la actuación estatal al respecto, dentro del marco estricto de su competencia sobre protección del medio ambiente que le es propia, la legislación básica, pero con una penetración menos extensa e intensa, nunca expansiva además, por topar frontalmente con la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre la materia {caza}.... Se trata {la caza} de un título {competencial} distinto del que respalda la Ley {legislación básica de protección del medio ambiente}, sin que pueda darse entre ellos relación alguna de género y especie por estar en planos diferentes y, por ello, le queda vedado al Estado internarse en la regulación de tales actividades”.**

Siguiendo estos criterios, la Sentencia del TC influyó en la transposición estatal del artículo 7 de la Directiva del siguiente modo:

Especies que pueden ser cazadas

La Sentencia del TC declaró que mientras que el artículo 33,1 de la Ley era básico, no ocurría lo mismo con el artículo 1 y el Anexo I del RD 1095/89.

La negación del carácter básico al artículo 1 del RD implica que el Estado no puede imponer a las CCAA un listado de especies cinegéticas, ya que la determinación de tales especies entra de lleno en la competencia “caza”, la cual es exclusiva de las CCAA.

El Tribunal constitucional declaró respecto del artículo 1 del RD y su Anexo I:

“... traigamos a colación el párrafo primero del artículo 1, donde “en desarrollo de lo establecido en el artículo 33,1 de la Ley 4/89” se considera “objeto de caza o pesca las especies que se relacionan en los Anexos I y II”, relación que se superpone así al Catálogo de Especies amenazadas cuya finalidad directa e inmediata es su protección y ese solapamiento se hace desde una perspectiva distinta, con una incidencia indirecta y sesgada. *A contrario sensu* las especies excluidas de ellos no pueden ser capturadas o muertas. **Tal prohibición implícita y el inventario de la cual se infiere, chocan frontalmente con la competencia sobre la caza y la pesca que todas las CCAA tienen atribuida sin excepción alguna, y, por tanto, carecen de la relación directa e inmediata con la protección del medio ambiente que está en la raíz de su calificación como básica.** Lo serían las directrices para que pudieran ser confeccionadas las correspondientes relaciones, pero no cuando se trata de una relación única estatal, con un contenido casuístico tan concreto como mudable según las circunstancias... Por otra parte, el artículo 33,1 de la Ley, que se utiliza como respaldo, alude tan sólo a la forma de la disposición donde haya de hacerse la relación de piezas aprehensibles, que emanará de la potestad reglamentaria, sin predeterminedar quién haya de ejercerla, por no ser monopolio estatal y corresponder también a los demás entes territoriales”

En este caso, el TC considera que el establecimiento de un listado de especies cinegéticas es algo que entra de lleno en la competencia “caza” (atribuida en exclusiva a las CCAA) y carece de finalidad protectora. Además, opina que el listado es excesivamente casuístico, característica que, como ya sabemos, va en contra del propio concepto de lo básico.

Así pues, en España, es competencia de las CCAA la fijación de las especies que pueden ser objeto de caza, sin que el Estado pueda imponerles **ningún listado** de especies cinegéticas.

La **segunda de las previsiones** (que la caza respete los principios de una utilización racional) se incorporó a través del artículo 34, d) de la Ley 4/89.

“Se podrán establecer moratorias temporales o prohibiciones especiales cuando razones de índole biológica lo aconsejen”.

Este artículo fue declarado básico. El TC mantuvo esta calificación.

Prohibición de cazar en período de celo, reproducción o crianza, así como en período de regreso a los lugares de cría, en el caso de las especies migratorias (artículo 7,4).

Esta prohibición fue incorporada mediante el artículo 34,b) de la Ley 4/89, que establecía dicha prohibición, y mediante el artículo 4,2 y la Disposición Adicional Segunda del RD 1095/89, que venían, respectivamente, a concretar las fechas en las que se estimaba que existía migración prenupcial y a establecer una limitación en cuanto a la fecha de apertura del periodo hábil de caza para las aves acuáticas, al objeto de protegerlas.

El TC declaró que no eran básicos el artículo 4,2 y la Disposición adicional segunda del RD, manteniendo, sin embargo, tal carácter respecto de la prohibición establecida en la Ley 4/89.

El Tribunal Constitucional declaró al respecto:

“No puede ponerse en duda el carácter básico de la previsión de fases de veda durante las épocas de celo, reproducción y crianza de las especies, así como en el trayecto de regreso a los lugares de reproducción a las migratorias, por su evidente finalidad protectora. También sería admisible que se fijara la duración mínima, según las especies y las características de

cada zona o territorio, **pero ha de negarse la calificación pretendida (legislación básica) a la uniformidad de las fechas de principio y fin para esa diversidad en una España compleja** también desde sus diferentes perspectivas peninsular e insular, seca o húmeda, orográficamente exasperada, hecha de meseta y costa, con climas variados e incluso microclimas coexistentes en territorios no muy extensos, donde puede pasarse del paisaje alpino al subtropical, del helecho a la guayaba en muy pocos kilómetros. En definitiva, la Disposición Adicional Primera del R.D. 1095/89 ha de reputarse viciada de incompetencia”

En este caso, el Tribunal no acepta la uniformidad de las fechas de principio y fin de la veda en todas las CCAA. Aunque no lo dice expresamente, parece estar aplicando los criterios que ya sentó en una Sentencia anterior (Sentencia 179/1989, de 19 de octubre de 1989), según la cual la legislación básica no pretendería una uniformidad de los ordenamientos autonómicos, sino establecer el mínimo de protección que debe regir en todo el territorio español. En esta Sentencia de 1989 se decía de manera expresa:

“La legislación básica del Estado no cumple una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimos”.

En definitiva, la Sentencia 102/95 implica que las CCAA son las competentes para establecer las fechas de apertura y cierre de la caza, sin tener que respetar las fechas establecidas en el RD, aunque sí están obligadas a respetar la prohibición del artículo 34 b) de la Ley 4/89, que sigue gozando de carácter básico.

2.2.4 PROHIBICIÓN DE MÉTODOS MASIVOS Y NO SELECTIVOS (ARTÍCULO 8 Y ANEXO IV DE LA DIRECTIVA).

El contenido del artículo 8 fue incorporado a nuestro Derecho interno a través del artículo 34,a) de la Ley 4/89. En cuanto al Anexo IV de la Directiva, se incorporó a través del artículo 3 del RD 1095/89, el cual remitía a su Anexo III, en el cual se contenía el listado de los métodos prohibidos.

La Sentencia de TC mantuvo el carácter básico al artículo 34,a) de la Ley, pero no el del artículo 3 del RD.

El Tribunal Constitucional dijo al respecto:

“En el ámbito de la regulación de estas actividades predatorias, estableciendo el “cómo”, la forma de practicarlas y sus límites, se mueve a su vez {el R.D. 1095/89}; el párrafo primero del artículo 3 reenvía al Anexo con el fin de determinar los procedimientos masivos y no selectivos para la captura o muerte de los animales. La relación de tales procedimientos prohibidos en el artículo 34, a) de la Ley donde busca su respaldo o cobijo, según propia confesión, tiene una finalidad tuitiva y evidente en el ámbito del mapa de España y un talante abierto. Aun cuando no se trate de un repertorio cerrado y rígido, *numerus clausus* y admita por tanto la adición de otras modalidades análogas, si las hubiere, mediante normas autonómicas, no puede ser aceptada la calificación que se le da. No cabe negar tampoco que la protección del medio ambiente, incidiendo transversalmente en la caza y la pesca resulta prevalente en principio. **Ahora bien, lo realmente básico materialmente, por su contenido genérico y mínimo, es tan sólo el precepto legal, preciso y esquemático, no el reglamentario, que por su casuismo se sale del marco de la protección de la fauna para invadir el campo de la caza”**

En este punto, el TC ha seguido el criterio técnico - jurídico según el cual sólo lo general y esquemático entra dentro del concepto de legislación básica.

En lo que afecta a la Directiva, la Sentencia determina que se encuentra recogida en la legislación básica estatal la prohibición general de utilización de métodos masivos y no selectivos, pero que son las CCAA las competentes para establecer los listados en los que se concreten tales métodos, sin que tengan la obligación de atenerse a los relacionados en el Anexo III del R.D. 1095/89

2.2.5. RÉGIMEN DE EXCEPCIONES (ARTÍCULO 9 DE LA DIRECTIVA).

Este artículo fue incorporado a nuestro Derecho, fundamentalmente, a través del artículo 28 de la Ley 4/89, el cual fue declarado básico. La Sentencia del TC ha confirmado este carácter:

“es irreprochable el contenido sustantivo de los artículos... 28...”

Por tanto, las CCAA deben respetarlo obligatoriamente a la hora de establecer su normativa en materia de excepciones a las prohibiciones generales.

2.2.6. RESUMEN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA SOBRE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE AVES.

La Sentencia mantuvo, en definitiva, el carácter básico de los artículos de la Ley y del RD 1118/89 que servían de transposición de la Directiva. Pero retiró el carácter básico a los artículos del RD 1095/89 que establecían “qué” se puede cazar (especies cinegéticas) “cómo” se puede cazar (métodos prohibidos) y “cuando” se puede cazar. Según el Tribunal Constitucional, el Estado se había extralimitado y había invadido las competencias exclusivas de las CCAA en materia de caza. Siguiendo este criterio el Tribunal declaró en su fallo:

que la competencia para establecer, qué, cómo y cuando se puede cazar era de las CCAA.

Que, en consecuencia, los artículos 1, 3.2, 4.1 y la Disposición Adicional Segunda, con los Anexos I y III del RD 1095/89, no eran básicos.

Así pues, esta sentencia ha influido en la transposición de la Directiva del siguiente modo:

(Los artículos 5, 6, 7.4 y 9 de la Directiva han sido traspuestos por legislación estatal básica, por lo que rigen en todo el territorio español.

Desde un punto de vista formal, es decir, desde el punto de vista de la seguridad jurídica que puede otorgar el *tipo de norma* utilizada, podemos considerar que la transposición es correcta. Las previsiones de la Directiva se han incorporado mediante Leyes y Reales Decretos que crean derechos y obligaciones, han sido publicados en los Boletines oficiales y son permanentes. Por otra parte, su calificación de básicos obliga a las CCAA a respetarlos en todo caso. En un epígrafe posterior trataremos la cuestión de si la redacción dada a la normativa estatal realiza una correcta transposición (ver epígrafe 3.3).

(No ocurre lo mismo con los artículos 7,1 (en relación con el Anexo II) y el Anexo IV de la Directiva. En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional retiró el carácter básico a los artículos y Anexos del RD estatal 1095/89 que se encargaban de completar su transposición y declaró que las competencias para establecer los listados de especies cinegéticas y de métodos prohibidos correspondían a las CCAA sin verse constreñidas por lo dispuesto en este RD. **Por tanto, la competencia para transponer parte de estos artículos es de las CCAA y, en consecuencia, necesitan de concretos actos normativos por parte de las CCAA para ser incorporados de manera completa al derecho nacional.**

En el Cuadro 3 se muestran de manera sintética los efectos de la Sentencia 102/95 del TC sobre la legislación estatal básica que vino a transponer la Directiva de Aves.

Cuadro 3

Directiva 79/409

Transposición estatal

Observaciones

Norma estatal

Carácter

Art. 5 (Prohibiciones generales)

art. 26,4 Ley 4/89

Básico

Rige en todo el territorio español y obliga a las CCAA.

Art. 6 (Comercialización)

Art. 34,c) Ley 4/89.

Básico

Rigen en todo el territorio español y obligan a las CCAA.

RD 1118/89.

Básico

Art. 7,1 y Anexo II

(Especies cinegéticas)

Art. 33 Ley 4/89

Básico

Rige en todo el territorio español y obliga a las CCAA

Art. 1 y Anexo I RD 1095/89

No básico

No obliga a las CCAA. Ellas deben determinar las especies que pueden ser objeto de caza.

Art. 7,4 (Prohibición cazar en época de celo, reproducción, crianza y, para las migratorias, durante su regreso a los lugares cría)

Art. 34, b) Ley 4/89

Básico

Rige en todo el territorio español y obliga a las CCAA

Art. 4,1 y disposición adicional segunda RD 1095/89.

No básico

No obliga a las CCAA. Ellas deben determinar los periodos de veda.

Artículo 8: Prohibición de métodos masivos y no selectivos.

Art. 34,a) Ley 4/89 (prohibición).

Básico

Rige en todo el territorio español y obliga a las CCAA

Anexo IV (Listado de métodos prohibidos)

Artículo 3 y Anexo III RD 1095/89 (listado métodos)

No básico

No obliga a las CCAA. Ellas deben determinar el listado de métodos masivos y no selectivos.

Artículo 9: Excepciones

Art. 28 de la Ley 4/89

Básico

Rige en todo el territorio español y obliga a las CCAA

2.3 LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

2.3.1. ACTIVIDAD NORMATIVA GENERAL.

Tras la Sentencia 102/95 del Tribunal Constitucional ha quedado claro que son las CCAA las que deben determinar qué especies pueden ser cazadas y qué métodos están prohibidos. No obstante, la Sentencia 102/95 no llegó a explicitar si deben establecer tales listados en virtud de sus competencias exclusivas en materia de caza, o en virtud de su competencia para desarrollar la legislación básica sobre medio ambiente del Estado. Esta indefinición puede ocasionar problemas, que no han podido ser convenientemente estudiados en el presente Informe..

A continuación se muestra, de modo general, cuál ha sido la actividad normativa que han desarrollado las CCAA en las materias que inciden sobre la fauna: protección y caza.

2.3.1.1 Normativa en materia de caza.

Según el TC (Sentencia 118/1996) la asunción de competencias exclusivas confiere a las CCAA la facultad de decidir si tales materias deben ser sometidas, por su parte, a reglamentación específica y en qué momento debe hacerse.

Las CCAA parecen haber seguido este pronunciamiento del TC, ya que de las 17 CCAA tan sólo 10 cuentan con Ley de Caza (Aragón, Asturias, Canarias, Castilla La Mancha, Castilla León, Extremadura, Galicia, La Rioja, Murcia y Navarra).

De las siete restantes, 2 CCAA (Andalucía y Valencia) cuentan en la actualidad con Ordenes Generales que regulan la actividad cinegética, estando en ambas Comunidades en proceso de tramitación borradores de Leyes que incorporarán la regulación de la caza. Otras 5 (Baleares, Cantabria, Cataluña, Madrid y el País Vasco) carecen de legislación general en materia de actividad cinegética, si bien algunas han regulado algunos aspectos sesgados: Baleares la captura de zorzales mediante "filats en coll" y Madrid la captura de fringílicos.

En cuanto a las Ciudades Autónomas (Ceuta y Melilla), en Melilla no se practica la caza y en Ceuta no existe legislación al respecto (al margen de las concretas Resoluciones anuales para regular la actividad cinegética).

Es necesario señalar que de las 10 CCAA que cuentan con Ley de caza, tan sólo Asturias y Castilla - La Mancha han dictado Reglamentos para su aplicación.

En aquellas CCAA que carecen de regulación en materia de caza se aplica de manera supletoria la legislación estatal en la materia, contenida en la Ley estatal de Caza de 1970 y su Reglamento de 1971.

2.3.1.2 Normativa en materia de protección de la fauna.

No es posible, a los efectos de este estudio, obviar la normativa que ha sido dictada por las CCAA en materia de protección de las especies, dada su especial relación con la caza, además de por ser la vía a través de la cual, en ocasiones, se transpone la directiva comunitaria.

De las 10 CCAA que cuentan con Leyes de Caza, Murcia y Navarra han optado por regular de manera conjunta la caza y la protección de las especies en sus Leyes, mientras que Aragón, Asturias, Castilla - La Mancha y La Rioja han dictado Catálogos Regionales de especies amenazadas. En cuanto a la CA de Extremadura, no cuenta aún con Catálogo de Especies Amenazadas, pero suele incluir las especies estrictamente protegidas en su Orden Anual de

Vedas. Por último, las dos CCAA que cuentan con Ordenes generales (Andalucía y Valencia) también cuentan con estos catálogos.

Respecto de las cinco CCAA restantes, Baleares cuenta con un decreto que protege determinadas especies de fauna silvestre, pero se trata de especies exóticas sobre las que no se practica habitualmente la caza, por lo que carece de relevancia para nuestro estudio, Cantabria y Cataluña cuentan con una Ley de protección de los animales (y Cataluña además con un listado de especies protegidas), Madrid con una Ley de protección y regulación de la fauna y flora silvestres y un Catalogo regional, y el País Vasco con una Ley de Conservación de la Naturaleza y con un Catalogo Regional.

Como se ve, es imposible predicar una homogeneidad de los ordenamientos autonómicos en materia de protección de la avifauna y caza. La heterogeneidad se manifiesta tanto en las materias reguladas (caza o protección de las especies), como en los aspectos de tales materias que se han abordado en la legislación (todos o sólo algunos), como en el rango de las normas utilizadas (Leyes, Decretos, Ordenes). Esta heterogeneidad dificulta en gran medida la labor de detección de errores o parcialidades en la transposición de la Directiva, además de generar un panorama de protección muy desigual.

En cualquier caso, sí debemos tener en cuenta que todas las CCAA, sin excepción, emiten Ordenes anuales de veda, al objeto de regular la caza en cada temporada cinegética. En estas órdenes suelen regularse los siguientes aspectos: especies que se pueden cazar, cupos de captura, períodos hábiles, días hábiles, métodos prohibidos y excepciones.

2.3.2 LA TRANSPOSICIÓN DEL ARTÍCULO 7,1 Y EL ANEXO IV DE LA DIRECTIVA.

Se estudia a continuación cómo han abordado las CCAA aquellos aspectos de la Directiva de Aves para los cuales una completa transposición necesita de actividad normativa autonómica.

2.3.2.1 Las Ordenes anuales de veda ¿Normas de transposición o normas de aplicación?

Para averiguar si las CCAA han incorporado en sus territorios el artículo 7,1 y el Anexo IV de la Directiva, es preciso detenerse en la naturaleza de las Ordenes anuales de Veda y dilucidar si este tipo de normas pueden constituir una transposición de la Directiva, ya que todas las CCAA, incluso las que no cuentan con normativa superior en materia de caza o de protección de especies, determinan en estas ordenes cuales son las especies que pueden ser objeto de caza, así como los métodos que se consideran prohibidos en cada temporada cinegética.

Es preciso recordar que la jurisprudencia comunitaria exige que la transposición se realice a través de una normativa general y permanente que garantice que los aplicadores de la Directiva van a respetar sus previsiones (ver epígrafe 1.2.2.2). Siguiendo este criterio es posible afirmar que las Ordenes Anuales de Veda no son los instrumentos normativos adecuados para realizar la transposición, ya que presentan dos características:

a) En primer lugar, no se trata de normas cuya eficacia jurídica se extienda en el tiempo, ya que cuentan con una vigencia reducida a la temporada cinegética. Es decir, su vigencia es anual.

b) En segundo lugar, se trata de normas que se encuentran en el último lugar de la “escala jerárquica”.

a) Su vigencia anual.

La primera de estas características determina que las Ordenes Anuales de Veda no puedan ser consideradas como normas adecuadas para realizar la transposición de la Directiva comunitaria.

En efecto, su vigencia meramente temporal no satisface la exigencia de seguridad jurídica que debe acompañar a toda transposición de la normativa comunitaria. Ya ha sido comentado en los primeros epígrafes de este Informe que la transposición de la Directiva debe ser realizada por normas generales y permanentes (ver epígrafe 1.2.2.2). Por otro lado, admitir lo contrario, significaría dar crédito a la idea de que es posible que la transposición se realice cada año, de manera continuada, lo cual va en contra de lo postulado en todas las Directivas comunitarias, que establecen siempre un plazo determinado para su transposición, a partir del cual los ciudadanos conocen de manera clara sus derechos y obligaciones y las Administraciones encargadas de aplicar la Directiva cual es el ámbito de su actuación.

Por tanto, es preciso que la transposición se realice a través de normas que cuenten con una vigencia dilatada en el tiempo: Leyes, Decretos, o como mínimo Ordenes generales sin un plazo de vigencia temporal predeterminado.

b) Su lugar en la “escala jerárquica”.

En cuanto a la segunda de sus características (se encuentran en el último lugar de la “escala jerárquica”), es preciso comentar que la utilización de Leyes del Parlamento Autonómico o Decretos del Consejo de Gobierno para albergar los listados de las especies que pueden ser objeto de caza y los métodos prohibidos otorga, sin duda, un “plus de garantía formal”.

Al gozar las Leyes o los Decretos de supremacía sobre las Ordenes (en virtud del principio de jerarquía), los Consejeros competentes en la materia deben respetarlos al emitir sus Ordenes Anuales de veda (es decir, al aplicar la Directiva en cada temporada).

Así pues, a la hora de escoger el tipo de norma que recoja tales listados, la elección de Ordenes generales debería quedar en último lugar. En efecto, la Orden que recoja los listados contaría con el mismo rango legal que las Ordenes Anuales de Veda. En consecuencia, una Orden anual de Vedas podría dejar sin efecto de manera tácita las Ordenes Generales (es decir, sin necesidad de derogarlas expresamente).

Por tanto, dada su vigencia, simplemente anual, y, en menor medida, dado su lugar en la escala jerárquica, no podemos considerar a las Ordenes Anuales de veda como instrumentos legales adecuados para realizar la transposición de la Directiva, sino más bien como normas que dan lugar a su *aplicación o ejecución concreta en un determinado periodo de tiempo*.

2.3.2.2. CCAA que han procedido a la incorporación en normas permanentes.

Veremos ahora si existen en las diversas Comunidades Autónomas normas que cuenten con vigencia dilatada en el tiempo (permanentes) que establezcan los listados de especies que pueden ser objeto de caza y métodos prohibidos.

Del estudio de la legislación autonómica mencionada resulta que:

- Listado de especies que pueden ser cazadas (artículo 7,1 de la Directiva)

Cuentan con este listado: Andalucía, (Orden general), Asturias (Anexo I del Reglamento de caza), Castilla León (Decreto), Murcia (Anexo III de la Ley de caza), Valencia (Decreto por el que se aprueba el Catalogo de especies amenazadas, Anexo IV).

No cuentan con el mismo: Aragón, Baleares, Cantabria, Castilla - La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, Navarra y País Vasco.

- Listado de Métodos prohibidos (Anexo IV de la Directiva).

Cuentan con este listado: Andalucía (Orden general), Aragón (Ley de caza), Asturias (Ley y Reglamento), Castilla – La Mancha (Ley de caza), Castilla – León (Ley de caza), Extremadura (Ley de caza), La Rioja (Ley de caza), Murcia (Ley de protección y caza), Navarra (Ley), Valencia (orden de 1988).

No cuentan con el mismo: País Vasco, Madrid, Galicia, Cantabria, Baleares, Cataluña.

En resumen, la incorporación completa al Derecho interno del artículo 7,1 y del Anexo IV de la Directiva de Aves necesita de concretos actos normativos por parte de las CCAA, sin que pueda predicarse que las Ordenes anuales de veda sean las normas adecuadas para realizar la transposición, al contar con una vigencia meramente temporal. Es decir, no son normas “estables” o “permanentes”. Son, pues, normas que realizan la *aplicación* de la Directiva en cada temporada cinegética.

Es preciso, por tanto, que los listados de especies cinegéticas y de métodos prohibidos se encuentren en Leyes, Reglamentos u Ordenes generales que no cuenten con una vigencia temporal predeterminada, para constituir una transposición válida.

No todas las CCAA cuentan con tales listados en normas permanentes o estables. Así:

No tienen ninguno de estos dos listados : Baleares, Cantabria, Cataluña, Galicia, Madrid y el País Vasco.

Carecen de listado de especies cinegéticas, pero cuentan con listado de métodos prohibidos: Aragón, Castilla – La Mancha, Extremadura, La Rioja y Navarra.

Sólo las CCAA de Andalucía, Asturias, Castilla – León, Murcia y Valencia cuentan con los dos listados.

CUADRO Nº 4

CCAA

Tiene normativa estable y permanente

NO tiene normativa estable y permanente

Carece de listado de especies cinegéticas

Carece de listado de métodos

Caza

Protección especies

Caza

Protección especies

Andalucía

Orden

Catálogo

Asturias

Ley de caza

Catálogo

Aragón

Ley de caza

Catálogo

Baleares

(1)

(1)

Canarias

Ley de caza

Cantabria

Castilla - La Mancha

Ley de caza

Catálogo

Castilla - León

Ley de caza

Cataluña

Ley protección animales

Extremadura

Ley de caza

Galicia

Ley de caza

La Rioja

Ley de caza

Madrid

(2)

Ley de protección y regulación de la fauna y flora silvestres

(2)

Murcia

Ley de la Fauna silvestre, la caza y la pesca fluvial

Navarra

Ley de protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitats

País Vasco

Ley de conservación de la Naturaleza

Valencia

Orden

Catálogo

a excepción del Decreto de filats en coll

a excepción de la captura de fringílicos

3. ANALISIS DE LA TRANSPOSICIÓN EFECTUADA.

3. 1. CARACTERIZACIÓN GENERAL.

Ya ha sido localizada la normativa estatal y autonómica en la que se encuentra traspuesta la Directiva comunitaria, cuando la incorporación ha sido efectivamente realizada. Se tratan a continuación los problemas que presenta tal incorporación al Derecho interno español.

Es conveniente recordar la jurisprudencia comunitaria asociada a la transposición. Según ésta, no es preciso dictar normas específicas (transposición expresa) para realizar la transposición de la Directiva de Aves, bastando con la existencia de un contexto jurídico general, siempre que éste asegure la plena aplicación de la Directiva. No obstante y en cualquier caso, la transposición debe ser lo más fiel posible, ya que el patrimonio común (la avifauna) se confía a cada uno de los Estados (ver epígrafe 1.2.2.1).

Partiendo de esta idea previa y a la vista del reparto de competencias existente en España, los problemas existentes en la transposición de la Directiva de Aves pueden clasificarse, desde un punto de vista conceptual, de la siguiente manera:

Problemas generados por la actividad legislativa (es decir, derivados de la transposición realizada por normas expresas): La transposición inicial de los artículos 5, 6, 7, 8 y 9 de la Directiva se realizó a través de normas estatales a las que se calificó de básicas. Posteriormente, la Sentencia del TC, al retirar el carácter básico a algunos artículos de dicha normativa, ha determinado que la transposición efectiva de los artículos 7,1 y 8 de la Directiva necesite de una actividad normativa por parte de cada una de las CCAA. Así pues, se pueden distinguir dos tipos de problemas:

- **En la legislación básica estatal:** se trataría de defectos por redacción inacorde con la Directiva, bien por la propia literalidad de los preceptos estatales, bien por la combinación de varios de ellos. Son problemas especialmente graves, ya que la legislación básica estatal despliega sus efectos en todo el territorio nacional y obliga a las CCAA, las cuales deben respetarla necesariamente a la hora de establecer su propia normativa.

- **En la legislación autonómica.** Aquí pueden, a su vez, distinguirse dos tipos de problemas:

- **Relacionados con la transposición realizada por la legislación básica estatal:** La legislación básica estatal despliega sus efectos en todo el territorio nacional y obliga a las CCAA. Estas, a la hora de elaborar su normativa, pueden

- incorporar a su ordenamiento los errores ya detectados en la normativa básica estatal, y/o

- incorporar de manera errónea aquellos aspectos de la legislación básica que sí trasponen de manera correcta la Directiva de Aves silvestres.

- **Derivados de la labor de transposición directa de la Directiva:** La incorporación completa de los artículos 7,1 y 8 de la Directiva necesita de una concreta actividad normativa de las CCAA. Los problemas serían, por tanto, problemas de contenido: la redacción dada a los preceptos que realizan la incorporación es inacorde con la Directiva.

La propia estructura de la incardinación entre la normativa estatal y autonómica, determina la posibilidad de que en la transposición de un concreto artículo de la Directiva aparezcan interrelacionados varios de los problemas mencionados.

Problemas derivados de la inactividad legislativa en las CCAA: ¿existe un contexto jurídico general que garantice la plena aplicación de la Directiva en España? Como ya ha sido enunciado en epígrafes anteriores, existen CCAA en las que los artículos 7,1 y 8 de la

Directiva no se encuentran incorporados en su totalidad, ya que carecen de listados de especies cinegéticas y de métodos prohibidos en normas permanentes. Se trataría, por tanto, de un supuesto de no transposición de la Directiva Comunitaria. Este problema podría, en principio, resolverse mediante la aplicación de la Cláusula de Supletoriedad de la legislación estatal. Es decir, mediante la aplicación supletoria del RD estatal 1095/89, en el cual se contienen, como ya sabemos, tanto un listado de especies cinegéticas, como un listado de métodos prohibidos. Sin embargo, tanto la doctrina y la jurisprudencia existente acerca de la cláusula de supletoriedad en general, como la jurisprudencia relativa a la aplicabilidad del propio RD, parecen apuntar a la idea de que este RD carece de virtualidad práctica. Por ello, se dedica a continuación un epígrafe completo para estudiar esta cuestión.

Cuadro nº 5

Descripción genérica de los problemas de transposición de la Directiva Aves en el Derecho interno español.

Tipo de problema

Ordenamiento

Problema concreto

Posibles artículos de la Directiva implicados

Legislación básica estatal

Redacción inacorde

5 a 9

Problemas derivados de la actividad legislativa

en su relación con la

Copiar redacción inacorde

5 a 9

(transposición expresa)

Legislación autonómica

legislación básica estatal

Incorporar erróneamente redacción acorde

5 a 9

en su labor de transposición directa

Redacción inacorde

7,1 y Anexo IV.

Problemas derivados de la inactividad legislativa en las CCAA

Legislación autonómica

No existe un contexto jurídico general gracias a la aplicación supletoria del RD estatal 1095/89 (1)

7,1 y Anexo IV.

(1) ver epígrafe siguiente.

3.2 PROBLEMAS GENERADOS POR LA INACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS CCAA: LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL R.D. 1095/89.

Existen CCAA en las cuales no se han establecido, a través de normas permanentes, los listados de especies cinegéticas y de métodos prohibidos (ver epígrafe 2.3.2.2). Esto implica que en tales CCAA no se ha producido de manera completa la transposición de la Directiva comunitaria y, por tanto, estaríamos en presencia de un incumplimiento del Derecho comunitario.

En España suele ser invocada la **cláusula de la supletoriedad del derecho estatal**, contenida en el artículo 149,3 de la Constitución española, para solventar los problemas de una incompleta incorporación de las Directivas al Derecho interno, cuando la no transposición proviene de una inactividad por parte de las CCAA.

Así, en el caso de que sean las CCAA las que deben realizar la incorporación de una Directiva, porque regula una materia que es de su competencia, pero no dictan normativa de transposición, si el Estado ha procedido a emitirla - aunque no vincule necesariamente a las CCAA por no ser básica - se estima que la Directiva está traspuesta porque el Derecho estatal se aplica de manera supletoria en las CCAA. De esta manera se solventaría el posible incumplimiento por parte del Estado español, que es el que tiene responsabilidad internacional ante la Comunidad Europea.

Este es precisamente el caso que nos ocupa: diversas CCAA no han incorporado, como debían haber hecho tras la Sentencia 102/95 del Tribunal Constitucional, los listados de especies cinegéticas ni de métodos prohibidos. Además, el RD estatal 1095/89 pervive en el mundo jurídico, ya que la Sentencia tan sólo retiró el carácter básico a los artículos que nos interesan, pero no los anuló. Por otra parte, tampoco ha sido derogado por el legislador estatal. En consecuencia, este RD sería, en principio, aplicable supletoriamente en aquellas CCAA que carecen los listados de especies cinegéticas y de métodos prohibidos, y, por tanto, aunque adelantamos que tan sólo en principio, la Directiva estaría traspuesta mediante la existencia de un **contexto jurídico general**.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia del TJCE ha afirmado que dicho contexto jurídico general debe **“garantizar la plena aplicación de la Directiva de una forma suficientemente clara y precisa”**. Por otra parte, ya sabemos que es necesario que una normativa general y permanente vincule a los entes encargados de la aplicación de la Directiva y garantice que van a aplicarla de manera correcta. Estas exigencias del Derecho Comunitario nos llevan a plantearnos cuál es verdaderamente la eficacia que tiene la aplicación supletoria de este RD.

Es decir, para que la supletoriedad del RD garantice realmente la plena aplicación de la Directiva sería necesario que se aplicara siempre y en todo caso en tales CCAA, lo que supondría otorgarle una posición de supremacía sobre cualquier instrumento de aplicación de la Directiva, esto es, sobre las Ordenes Anuales de Veda, en las cuales, como ya sabemos, se incluyen previsiones respecto a las especies que pueden ser objeto de caza y los métodos que están prohibidos para cada concreta temporada cinegética. Los Consejeros de las CCAA, a la hora de emitir sus Ordenes de Vedas tendrían que respetar el RD necesariamente.

Sin embargo, esto no ocurre en la realidad. Son fundamentalmente dos las razones que amparan esta afirmación. De un lado, los problemas inherentes a la propia cláusula de supletoriedad. De otro, la aplicación práctica que están llevando a cabo los jueces y tribunales.

3.2.1. PROBLEMAS INHERENTES A LA CLAÚSULA DE SUPLETORIEDAD.

3.2.1.1 La cláusula de supletoriedad en el contexto jurídico-político.

En la práctica, el Estado español de las Autonomías se encuentra en pleno proceso de formación y concreción, sin que por el momento pueda darse una idea cierta de lo que supone realmente nuestro Estado autonómico. Simplificando en grado sumo esta cuestión, podríamos afirmar que existen dos corrientes mayoritarias en lo que a la conceptualización del Estado de las Autonomías se refiere: una de ellas aboga por un “Estado unitario con infraordenamientos autonómicos”, otra apunta, más bien, a la consecución de un “Estado federal”. En este orden de cosas, la cláusula de supletoriedad del derecho estatal se ha convertido en un arma arrojadiza utilizada por ambas corrientes.

Ello ha determinado que tanto la doctrina jurídica como la jurisprudencia constitucional hayan tratado preferentemente la cláusula de supletoriedad en tanto que posible presupuesto habilitador de la **emisión de normas** estatales en materias sobre las que no ostenta competencias. Es decir, se ha hecho hincapié en la cuestión de si la cláusula de supletoriedad es o no una cláusula atributiva de competencias para el Estado. La respuesta del Tribunal Constitucional ha sido negativa. El Estado tan sólo puede regular aquellas materias que son de su competencia y le está vedada la emisión de normas con mera eficacia supletoria.

En este debate, el argumento del cumplimiento del Derecho comunitario no ha sido pasado por alto e igualmente esgrimido por diversos sectores. Según unos, impedir al Estado la emisión de normas de transposición, aunque no ostente la competencia material para hacerlo, derivaría en continuos incumplimientos del Derecho comunitario. Según otros, que el Estado dicte normas de transposición, careciendo de competencia material para ello, provoca una inercia en las CCAA muy negativa, ya que dejan inactuadas sus competencias como consecuencia de la intervención estatal.

3.2.1.2. La cláusula de supletoriedad desde un punto de vista técnico

Como ha manifestado el Tribunal Constitucional,

“se trata de una cláusula que va dirigida a realizar el principio de completud del ordenamiento jurídico en nuestro Estado compuesto, suministrando al aplicador del derecho una regla con la que colmar las lagunas que pueda presentar el régimen jurídico de una determinada materia”.

El TC, además, se ha preocupado de precisar que la cláusula de supletoriedad sólo puede completar lagunas y no anomias, esto es, ausencias de regulación:

“...la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. **El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que el legislador establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho**” (Sentencias del TC 118/1996 y 61/97).

La definición que de la cláusula de supletoriedad ha realizado el propio TC, presenta serios interrogantes. Son dos las características que podrían predicarse de la misma: la primera, que se trata de una regla que va destinada a cubrir “lagunas” pero no “anomias”. La segunda “que va dirigida al aplicador del derecho”.

La supletoriedad cubre lagunas pero no anomias. Pero, ¿cuando estamos en presencia de una “laguna” y cuando ante una “anomia” (ausencia de regulación)? Es imposible dar una respuesta cierta. Los límites entre ellas son algo más que difusos, incluso se confunden, sin que la jurisprudencia ni la doctrina se hayan preocupado demasiado de delimitarlos. No existen, pues, criterios delimitadores estables. La situación se complica aún más si, en el caso que nos ocupa, tenemos en cuenta que no es posible predicar una homogeneidad de los ordenamientos autonómicos en materia de caza y de protección de especies. Sabemos que algunas de las CCAA que carecen de nuestros listados han establecido normativa general en materia de caza, otras tan sólo han regulado aspectos sesgados, otras han regulado la protección de las especies en vez de la caza, otras no tienen normativa general en ninguna de estas dos materias. La propia indefinición de los términos laguna y anomia, sumada a dicha heterogeneidad, acarrea una gran dificultad a la hora de determinar, siquiera de manera genérica y teórica, en qué supuestos sería aplicable supletoriamente o no el RD 1095/89.

Se trata de una regla dirigida a los aplicadores del Derecho. Así pues, son los “aplicadores del Derecho” los que tienen en sus manos la facultad de decidir si existe una laguna o no en el ordenamiento jurídico autonómico, y para colmarla, a qué normativa van a acudir, por lo que, en definitiva, queda en sus manos de manera discrecional la posibilidad de recurrir o no a la aplicación supletoria del Derecho estatal, en nuestro caso del RD 1095/89. Dicha discrecionalidad, aumentada por la ausencia de criterios estables para determinar cuando existe una laguna o una anomia, hace ya decaer la posible afirmación de que la aplicación supletoria del RD 1095/89 garantiza la plena aplicación de la Directiva mediante un contexto jurídico general. El RD operará supletoriamente sólo si el “aplicador del derecho” decide aplicarlo efectivamente.

Tales aplicadores del Derecho son, evidentemente, los jueces y tribunales, pero también cualquier ente incardinado en la Administración que deba aplicar el derecho, entre los que cabe incluir los Consejeros competentes para emitir las Ordenes Anuales de Veda. Nos encontramos pues ante un hecho muy curioso, los Consejeros competentes para emitir las ordenes anuales de veda reúnen en sí una doble condición: son “entes subordinados que deben aplicar la Directiva” y al mismo tiempo “aplicadores del derecho nacional”. En su primera condición deben verse vinculados por una normativa nacional general y permanente que garantice que van a aplicar de manera correcta la Directiva. En virtud de la segunda, gozan de una absoluta

discrecionalidad para considerar si en su ordenamiento autonómico existe una laguna que deba ser colmada mediante la aplicación supletoria de los listados que contiene el RD 1095/89.

3.2.2. LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL RD 1095/89 EN LA PRÁCTICA.

En ninguna de las Sentencias estudiadas, la mayoría de ellas del Tribunal Supremo (TS) se ha otorgado supremacía al Real Decreto frente a las Ordenes de Vedas tras la retirada de su carácter básico.

La razón es la siguiente: en ningún momento los tribunales han tenido en cuenta las necesidades de seguridad jurídica de la Directiva y, por ende, del Derecho Comunitario, y han acudido siempre, para dirimir los conflictos RD/Ordenes de veda, a los principios ordenadores de la relación entre Estado y Comunidades Autónomas. En concreto, los Tribunales se han apoyado en las normas de competencia y en el principio de prevalencia, pero nunca en la cláusula de supletoriedad.

Así, han aplicado estrictamente la doctrina que sentó el TC en su Sentencia 102/95, según la cual la *competencia* para establecer los listados de especies cinegéticas y de métodos prohibidos es de las CCAA. Puesto que esta sentencia retiró el carácter básico a los artículos del RD que fijaban tales listados, la aplicación del principio de *prevalencia* lleva a la conclusión de que las Ordenes de Vedas no tenían por qué atenerse a lo dispuesto en este RD. Como el RD no es básico no obliga a las CCAA ni siquiera cuando emiten sus Ordenes de Veda.

En definitiva, el TS parece haber entendido que con la emisión de las ordenes anuales de veda las CCAA ya están ejercitando sus competencias en materia de caza y, por tanto, colmando la posible laguna que pudiera existir. Esta misma idea parece ser compartida por las CCAA que no cuentan con normativa general en materia de caza: el RD estatal 1095/89 sería aplicable supletoriamente tan solo a aquello que no haya sido regulado por la Orden anual de Veda.

En definitiva, no existe ningún pronunciamiento del TS, posterior a 1995, en el cual se haya declarado que las Ordenes de Vedas tienen que adecuarse a lo establecido en el RD 1095/89, en lo relativo a listados de especies y de métodos prohibidos, en virtud de su aplicación supletoria. Por su parte, y evidentemente, las CCAA son algo más que reacias a la idea de que tienen que adecuarse a este RD.

En resumen, para predicar que el RD 1095/89 es “un contexto jurídico general que garantiza la plena aplicación de la Directiva” en aquellas CCAA que carecen de listados de especies cinegéticas y de métodos prohibidos en normas estables y permanentes, sería necesario afirmar que lo establecido en este RD vincula de manera efectiva a las CCAA a la hora de emitir las normas de aplicación de la Directiva.

Sin embargo, esto no es así, fundamentalmente por dos razones: la primera es que la aplicación supletoria del RD es algo que queda de manera discrecional en manos de los aplicadores del Derecho, los cuales son, en ocasiones, los mismos Consejeros autonómicos que deben emitir las Ordenes de Veda. La segunda, que la jurisprudencia española nunca ha estimado que hubiera una relación jerárquica entre el RD y las Ordenes de Veda que obligue a éstas a adecuarse a aquel en lo relativo a los listados de especies que pueden ser cazadas y de métodos prohibidos.

Otros problemas propios de la cláusula de supletoriedad se adicionan a estas razones: la indefinición de los límites entre los términos “laguna” (presupuesto habilitador de la supletoriedad) y “anomia” y, consecuentemente, la inexistencia de criterios estables para su aplicación.

En definitiva, el RD no ha sido nunca aplicado supletoriamente en los aspectos que nos interesan y por tanto, su posible supletoriedad no garantiza la plena aplicación de la Directiva de una forma suficientemente clara y precisa.

Por consiguiente:

el artículo 7,1 de la Directiva no se encuentra completamente incorporado en los siguientes territorios: Aragón, Baleares, Cantabria, Castilla - La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, Navarra y el País Vasco.

el Anexo IV de la Directiva no se encuentra completamente incorporado en los siguientes territorios: Baleares, Cantabria, Cataluña, Galicia, Madrid y el País Vasco.

3.3. PROBLEMAS GENERADOS POR LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA (ESTATAL y AUTONOMICA).

A continuación se comentan los problemas presentes en la transposición de la Directiva que han realizado normas expresas emitidas por el Estado y las CCAA.

3.3.1. ESPECIES QUE PUEDEN SER CAZADAS (ARTÍCULO 7,1 DE LA DIRECTIVA)

En la incorporación de este artículo aparecen problemas tanto en la legislación básica estatal, como en parte de la normativa autonómica, que ha venido a reproducir los errores de aquella.

La transposición del artículo 7,1 de la Directiva se realizó en un principio a través de dos actos normativos: el artículo 33,1 de la Ley 4/89 y el artículo 1 del RD 1095/89. La sentencia del Tribunal Constitucional mantuvo el carácter básico del artículo de la Ley, pero no el del artículo de RD. Por tanto, el listado de las especies que pueden ser cazadas debe ser establecido por cada una de las CCAA para sus respectivos territorios.

Las CCAA, a la hora de concretar tales listados, deben respetar el contenido del artículo 33,1 de la Ley 4/89:

“la caza ... sólo podrá realizarse sobre las especies que reglamentariamente se declaren como piezas de caza, declaración que en ningún caso podrá afectar a especies catalogadas”.

Así, la única obligación que la legislación básica estatal impone a las CCAA, a la hora de fijar estos listados, es la de no permitir la caza de aquellas especies que hayan sido catalogadas. Las figuras de catalogación existentes en España son: En peligro de extinción, Sensibles a la alteración de su hábitat, Vulnerables o de Interés especial. Estas categorías vienen establecidas en la Ley 4/89, que además permite que las CCAA creen sus propias figuras de catalogación.

El TJCE ha sido claro al afirmar cuál es el alcance del artículo 7,1 de la Directiva: “...**debe señalarse que la legislación nacional debe garantizar que las especies de aves no enumeradas en el Anexo II de la Directiva no puedan ser cazadas**” (Sentencia de 8 de julio de 1987, Asunto C-247-85, Comisión - Reino de Bélgica).

Sin embargo, **no todas las especies que no vienen mencionadas en el anexo II de la Directiva de Aves han sido catalogadas** conforme a la legislación estatal o autonómica. Por ejemplo, algunas especies fringílicas (Jilguero, Verdecillo, Verderón y Pardillo), que no figuran en el Anexo II de la Directiva, no aparecen en el Catálogo Nacional de especies amenazadas, ni tampoco en ninguno de los Catálogos regionales, a excepción del de Aragón, en el que se las considera especies de “Interés especial”, y del Catálogo Valenciano, en el que se las considera “Especies Tuteladas” (no obstante, la declaración de especies tuteladas en Valencia no debe llevar a engaño, con ella se persigue su efectiva captura, como veremos más adelante en el epígrafe 4.1).

En tales términos, es evidente que existen especies no enumeradas en el Anexo II de la Directiva, para las cuales la legislación básica estatal (de obligatorio cumplimiento por las CCAA) no garantiza que no puedan ser cazadas.

Por otra parte, son varias las CCAA que en su normativa han seguido el criterio establecido en la legislación básica estatal, y en las, por tanto, existe este mismo defecto. Así: las CCAA de Aragón, Asturias, Extremadura, Madrid, Murcia, Navarra, el País Vasco.

Existen otras CCAA, en las que su normativa no dice nada al respecto: Andalucía, Castilla - León, Cataluña, Galicia y Valencia.

Existen además otras CCAA que destacan por diversas razones:

las CCAA de La Rioja y Canarias destacan por ser las únicas que ha incluido en su normativa mención a la normativa comunitaria:

“Son especies cinegéticas, a efectos de la presente Ley, aquellas que, de acuerdo con lo establecido en la normativa estatal y de la Unión Europea, se definan como tales por la CA de la Rioja” (*artículo 7 - “Especies cinegéticas” - de la Ley de Caza de La Rioja*).

“El Gobierno de Canarias, oídos los cabildos insulares y mediante decreto podrá reducir motivadamente en todo o parte del archipiélago las especies enumeradas en el art. 4, así como determinar otras especie susceptibles de aprovechamiento cinegético, sin más limitaciones que las previstas en las Leyes territoriales del Estado y de la Unión europea” (*artículo 5 de la Ley de Caza de Canarias*).

- Por su parte, la CA de Castilla - La Mancha destaca por declarar en el artículo 9 de su Ley de Caza que “son especies cinegéticas las declaradas objeto de caza por la legislación estatal básica”. Recordemos que, tras la Sentencia 102/95 ya no existe legislación estatal *básica* al respecto.

- Valencia: el art. 12 de su Orden general reguladora de la actividad cinegética dice que no se podrán cazar las *especies protegidas* de conformidad con una serie de normas, entre las que se menciona la Directiva 79/409.

En resumen: la transposición parcial que del artículo 7,1 de la Directiva realiza el artículo 33,1 de la Ley 4/89 no garantiza que las especies no enumeradas en el Anexo II de la Directiva no sean cazadas. Se trata de un problema de transposición especialmente grave, dado que este artículo, al ser básico, despliega su eficacia en todo el territorio español. Por otra parte, existen diversas CCAA que han reproducido este defecto en su legislación.

3.3.2. PROHIBICIÓN DE CAZAR EN LOS PERIODOS DE CELO, REPRODUCCIÓN Y CRIANZA (ARTICULO 7,4 DE LA DIRECTIVA).

Ya hemos comentado que el artículo 7,4 de la Directiva comunitaria se incorporó a través del artículo 34, b) de la Ley 4/89, el cual sigue gozando de carácter básico.

Sin embargo, en la misma Ley 4/89 se establece en la Disposición Adicional Séptima la siguiente disposición:

“La Administración competente podrá autorizar la modalidad de caza de perdiz con reclamo macho, en los lugares donde sea tradicional y con las limitaciones precisas para garantizar la conservación de esta especie”.

Así pues, se faculta a las CCAA para autorizar la caza de perdiz con reclamo macho, siendo ésta una práctica que se realiza durante la época de celo de esta especie. Así, se trataría de una excepción a la prohibición expresa de cazar en épocas de celo, reproducción y crianza. Como tal excepción debería respetar los requisitos del artículo 9 de la Directiva (ausencia de otra solución satisfactoria, responder a algunos de los motivos tasados de excepción y respetar los requisitos formales) cosa que no ocurre con la redacción actual de esta Disposición Adicional Séptima, la cual ni siquiera se remite al artículo 28 de la Ley, en el que se recoge el régimen de excepciones.

Todas las CCAA que suelen permitir esta modalidad de caza (Andalucía, Aragón, Baleares, Castilla - La Mancha, Extremadura, Murcia y Valencia) han establecido en su normativa previsiones al respecto amparándose en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 4/89, ya sea de manera expresa o tácita, con la única excepción de Baleares, que no cuenta con normativa en materia de caza.

Andalucía: El artículo 18 de su Orden de 25 de junio de 1991 permite la caza de perdiz con reclamo, apoyándose en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 4/89 y en que se trata de una modalidad de caza con gran tradición en la CA de Andalucía.

Aragón: Su Ley de caza excepciona sin garantías la utilización de reclamos, sacando de la prohibición la perdiz macho en su artículo 44, 2, b) que dice expresamente: “Asimismo queda prohibido el empleo de los métodos y medios de caza siguientes: b) Animales vivos utilizados como reclamo, a excepción de la perdiz macho”.

Castilla - La Mancha: El art. 45 del Reglamento establece como modalidad de caza la "Perdiz con reclamo". Las condiciones de su captura se regulan en el art. 46, letra k).

Extremadura: El art. 57, nº 31 de su Ley de caza tras establecer con carácter general la prohibición de cazar en época de celo, reproducción y crianza dice "excepto la caza de perdiz con reclamo macho, en los periodos y días hábiles establecidos en la Orden de vedas".

Murcia: El art. 38,1 de su Ley de la Fauna Silvestre, Caza y Pesca fluvial establece la prohibición de cazar en época de celo, reproducción o crianza, pero su apartado 2 establece "no obstante lo anterior la Consejería de medio ambiente podrá autorizar, estableciendo las oportunas condiciones, el aprovechamiento en época de celo de determinadas especies de caza mayor y de la perdiz con reclamo".

Valencia: La caza de perdiz con reclamo se permite en el art. 4.3 de la Orden de 15 de junio de 1988.

Todas estas CCAA permiten la caza de perdiz con reclamo macho sin acudir al régimen de excepciones.

En cuanto a las CCAA que no permiten esta modalidad de caza en sus territorios, tan sólo dos la han prohibido expresamente en su normativa: Canarias (artículo 43,2 a) de su Ley de caza, que dice expresamente: "Quedan prohibidos los siguientes medios para cazar: a) el ojeo y la caza con reclamo") y Castilla - León, si bien en esta CA se puede practicar esta modalidad en cotos dedicados a la caza intensiva (artículo 43, 2: "Se prohíbe cazar la perdiz con reclamo, salvo cuando dicha modalidad sea expresamente autorizada dentro del ejercicio de la caza intensiva")

La Disposición Adicional Séptima de la Ley 4/89 establece una excepción a la prohibición de cazar las especies en período de celo reproducción y crianza que no respeta los requisitos que deben existir a la hora de establecer excepciones: inexistencia de otra solución satisfactoria, incardinarse en alguno de los supuestos de excepción y cumplir los requisitos formales. Diversas CCAA (Andalucía, Aragón, Baleares, Castilla – La Mancha y Extremadura) permiten en su normativa general esta modalidad de caza amparándose en la DA Séptima sin acudir al régimen de excepciones.

El TJCE ha reiterado en múltiples ocasiones que cualquier derogación del régimen de protección de la Directiva debe basarse en el régimen de excepciones y respetar sus requisitos.

PROHIBICIÓN DE CAZAR AVES MIGRADORAS EN SU PERIODO DE REGRESO A LOS LUGARES DE CRÍA (ARTICULO 7,4 DE LA DIRECTIVA).

Esta prohibición también se encuentra contenida en el artículo 34,b) de la Ley 4/89, gozando de carácter básico.

Sin embargo, ha sido recientemente introducida en la Ley 4/89 una excepción expresa a esta prohibición, mediante la adición en la misma de una nueva disposición adicional (la Disposición Adicional Octava), a través de la Ley 40/97. La adición de esta excepción responde a las presiones de colectivos de cazadores, y de partidos político afines a ellos, que pretendían legalizar una práctica de caza inacorde con la Directiva.

El texto de dicha excepción es el siguiente:

“Si no hubiera otra solución satisfactoria, y cumpliendo los requisitos de los apartados 3 y 6 del artículo 28, la Administración competente podrá dejar sin efecto la prohibición establecida en el párrafo b) del artículo 34 respecto de las aves migratorias no catalogadas y durante su trayecto de regreso a sus lugares de cría, para permitir, en los lugares tradicionales, en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo, la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies cinegéticas en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar la conservación de las especies”

La literalidad de esta Disposición Adicional desde un punto de vista estrictamente formal y gramatical se adecua a la Directiva Aves. Sin embargo, se trata de una **excepción de aplicación imposible**, ya que en la práctica no pueden darse los requisitos exigidos por la Directiva para establecer excepciones. Esta Disposición Adicional **crea**, pues, una **ficción jurídica de legalidad, ya que recoge un supuesto de excepción de aplicación imposible**, por cuanto que su efectiva aplicación no podrá, en ningún caso, ser acorde con la Directiva comunitaria.

En concreto, **no existe ningún problema a resolver** que implique la entrada en juego del régimen de excepciones y la retirada del “régimen de completa protección” (en palabras del TJCE) establecido en el artículo 7,4 de la Directiva. En efecto, el interés de un grupo reducido de cazadores de cazar en “contrapasa” no puede ser en ningún caso prevalente sobre el interés comunitario de otorgar una “protección completa” a las aves (patrimonio común europeo) en aquellos períodos en los que son más vulnerables. Además, y sin excluir las afirmaciones precedentes, en el hipotético caso (tan sólo hipotético) de que existiera efectivamente un problema, entrarían en juego **el resto de requisitos del artículo 9, cuyo cumplimiento sigue siendo igualmente imposible**, como se verá en la parte dedicada a la aplicación de esta excepción (ver epígrafe 4.4.2).

A estas consideraciones hay que añadir que de aplicar esta excepción resultan, además, vulnerados otros artículos de la Directiva: artículo 7,4, primera frase (la caza debe respetar los principios de una utilización razonable) y artículo 13 (la aplicación de las medidas contenidas en la Directiva no puede llevar a un deterioro de la situación de las especies). Puesto que su vulneración resulta de la efectiva aplicación de esta excepción, se comentan con más detalle en el epígrafe 4.4.2.

En consecuencia, la ficción jurídica de legalidad creada por esta Disposición Adicional ocasiona que su aplicación conlleve a **“fraudes de ley”**. Estos fraudes aparecen definidos en el artículo 6,4 del Código Civil:

“Los actos realizados al amparo de un texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

La norma que se pretende eludir no es otra que la contenida en el artículo 7,4 de la Directiva y en el artículo 34,b) de la Ley 4/89, que persigue, como ha declarado el TJCE otorgar a las especies de aves que pueden ser cazadas un **régimen de completa protección**, en aquellos períodos que son más vulnerables.

La CA de Navarra ha emitido recientemente la Ley Foral 5/1998 para incluir esta excepción en su Ley 2/93 de Protección y Gestión de la Fauna Silvestre.

En resumen, con la Disposición Adicional Octava de la Ley 4/89 se pretende legitimar una práctica de caza completamente inacorde con la Directiva de Aves silvestres. Si bien desde un punto de vista gramatical parece tratarse de un supuesto de transposición correcta, esta Disposición Adicional crea, en realidad, una ficción jurídica de legalidad, ya que recoge un supuesto de excepción cuya aplicación no podrá, en ningún caso, ser acorde con la Directiva comunitaria y que genera fraudes de ley.

Existe una CA – Navarra – que ha incluido esta excepción en su normativa.

3.3.4. MÉTODOS DE CAZA PROHIBIDOS (ARTICULO 8 Y ANEXO IV DE LA DIRECTIVA).

En un primer momento, el artículo 8 de la Directiva y el Anexo IV, vinculado a este artículo, fueron incorporados al derecho interno español mediante el artículo 34,a) de la Ley 4/89 y el artículo 3 y Anexo III del RD 1095/89, todos ellos declarados normativa básica. Sin embargo, la Sentencia del TC retiró el carácter básico al RD 1095/89, y declaró que la competencia para elaborar el listado concreto de los métodos prohibidos era de las CCAA.

Así pues, es competencia de las CCAA realizar la transposición del Anexo IV de la Directiva.

La mayoría de las CCAA (es decir, todas menos Baleares, Cantabria, Cataluña, Galicia, Madrid y el País Vasco) contienen este listado en normas permanentes y que, por tanto, garantizan la seguridad jurídica que debe predicarse de toda transposición. Sin embargo, la redacción dada a estos listados en ocasiones no se adecua a lo establecido en la Directiva comunitaria.

Antes de entrar en los errores que presenta la normativa autonómica al respecto, es preciso recordar de nuevo las consideraciones, ya hechas en la parte descriptiva de la Directiva, acerca del artículo 8 y Anexo IV de la Directiva. La redacción dada al artículo 8 deja un escaso margen de apreciación a los Estados. La obligación impuesta a los Estados exige que éstos prohíban de manera general la utilización de estos métodos, instalaciones o métodos masivos o no selectivos, y además (en este sentido y no otro puede interpretarse la expresión “y en particular” que contiene este artículo) los expresamente listados en el Anexo IV. Así pues, la propia Directiva ya está calificando a los métodos que figuran en su Anexo IV como de masivos, no selectivos o que pueden causar la desaparición local de una especie.

Sin embargo, existen sectores que opinan que, en ocasiones, los métodos que figuran en dicho Anexo no pueden calificarse como masivos o no selectivos, debido a las características de su manejo o a las “mejoras” que se han incluido en sus diseños. De seguir esta opinión, un cepo, una red o la liga podrían no ser métodos masivos o no selectivos. La consecuencia jurídica inmediata es que no es preciso acudir al régimen de excepciones para permitir su uso. Esto es erróneo, la Directiva es muy clara y precisa al respecto y no deja margen de dudas: todo método listado en su Anexo IV es un método masivo y no selectivo. En consecuencia, para autorizar su utilización es preciso acudir al régimen de excepciones.

Sentada esta idea, se enumeran las **CCAA cuentan con listados inacordes** con la Directiva:

Andalucía: El Artículo 6,2 y Anexo III de la Orden general de 25 de junio de 1991 establecen el listado de métodos prohibidos: *no aparecen los dispositivos para iluminar los blancos.*

Aragón: El art. 44 de su Ley de caza establece los métodos prohibidos y contiene dos defectos de transposición. De un lado su letra b) declara expresamente “b) Animales vivos utilizados como reclamo, a excepción de la perdiz macho”. De otro, *no aparecen los Dispositivos para iluminar blancos.*

Asturias: Los métodos prohibidos se establecen en el art. 25 de su Ley de caza: no aparecen las ligas y los anzuelos ni los cepos. Por otra parte, las letras j) y ñ) parecen presentar defectos: “j) Redes y trampas *si se emplean para muertes masivas y no selectivas*”; “ñ) embarcaciones y vehículos automóviles *en movimiento*”. Posteriormente el art. 49 del Reglamento de caza, vuelve a establecer el mismo listado que la Ley, pero incorpora un nuevo

apartado en el que se dice “asimismo, queda prohibido el empleo de los métodos y medios señalados en el Anexo III del RD 1095/89...”. Así que las omisiones de la Ley las podemos entender solventadas, pero no los defectos de redacción presentes en la Ley.

Canarias: Los métodos prohibidos vienen establecidos en el art. 43.2 de su Ley de caza. *Faltan los dispositivos para iluminar los blancos.* Como novedad podemos mencionar que prohíbe la utilización de animales desde los que realizar los disparos.

Castilla - La Mancha: Los métodos prohibidos vienen establecidos en el art. 36 de su Ley de caza: *no aparecen los dispositivos para iluminar los blancos.* Se incorpora como cláusula genérica la prohibición de “cualquier otro medio masivo y no selectivo”. El Reglamento de caza es idéntico al de la Ley.

Castilla - León: El listado viene establecido en los artículos 30 y 31 de su Ley de caza: *faltan los espejos y los aviones, los vehículos automóviles y las embarcaciones a motor.* Por otra parte, el art. 31, apartado 2, establece expresamente “*La Dirección General podrá autorizar aquellos medios o métodos para los que, aun estando incluidos en alguno de los enumerados en el punto 1, se haya comprobado su carácter selectivo y no masivo*”.

Extremadura: El listado viene establecido en el art. 57, nº 32 de su Ley de caza: *Faltan los dispositivos para iluminar los blancos*

Murcia: El listado se encuentra en el art. 26 2.A) de su Ley de la Fauna silvestre, la caza y la pesca fluvial: establece la prohibición de armas semiautomáticas o automáticas cuyo cargador pueda contener *mas de 3 cartuchos* (nº 8). Por otra parte se establece que “*reglamentariamente podrá ampliarse o reducirse la relación de medios y métodos prohibidos en el nº anterior, a la vista de la evolución poblacional de determinadas especies*”.

Navarra: Ley de protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitats, art. 27. El listado es correcto, pero se establece que “*reglamentariamente podrá ampliarse o reducirse la relación de medios y métodos prohibidos en el nº anterior, a la vista de la evolución poblacional de determinadas especies*”. Además, se permite *la caza tradicional de paloma con red en Etxalar en las épocas y condiciones que determine la OV.*

No es posible acabar este epígrafe sin hacer una pequeña mención algunas de las CCAA que no cuentan con el listado de métodos prohibidos.

La CA de las Islas Baleares cuenta con un **Decreto en el que se permite la captura de zorzales mediante el sistema de captura “Filats en coll”**, sin acudir al régimen de excepciones, porque se ha considerado que no se trata de método masivo y no selectivo debido a las características de su manejo. Sin embargo, este método de captura utiliza “redes”, las cuales “*per se*” se consideran un método de captura masivo y no selectivo, al figurar expresamente mencionadas en el Anexo IV de la Directiva. En consecuencia, para permitir su utilización sería preciso acudir al régimen de excepciones.

La CA de Valencia prevé en su legislación una excepción a la prohibición de utilización de liga (Parany) sin justificar las razones o supuestos de excepción de la Directiva en los que se ampara

En cuanto a Cataluña, su Ley de protección de los Animales prohíbe en su art. 33 las redes japonesas, trampas tipo cepo y tipo ballesta, pero **se permite la liga para captura de fringílicos en los términos que fije la Orden de Vedas.**

En resumen, es competencia de las CCAA trasponer el Anexo IV de la Directiva. Existen CCAA que han incorporado de manera incorrecta el listado, bien porque faltan algunos de los métodos que figuran en el Anexo IV de la Directiva, bien porque aunque los mencionan, acto

seguido establecen excepciones sin garantías. En ocasiones, se permite que las autoridades competentes restrinjan el listado por razones ajenas a las que expresamente se establecen en el régimen de excepciones, por ejemplo: la evolución de la población de las especies o porque las condiciones de manejo de tales métodos los “convierten” en selectivos.

Por otra parte, aunque no cuenta con este listado, la CA de Baleares ha regulado la utilización de un método prohibido (Filats en Coll) sin acudir al régimen de excepciones. De igual modo, Cataluña permite el uso de la liga para la captura de fringílicos y Valencia el uso de Paranys sin respetar los requisitos de la normativa comunitaria.

3.3.5. RÉGIMEN DE EXCEPCIONES (ARTICULO 9 DE LA DIRECTIVA)

El régimen de excepciones implantado en España es sumamente complejo. Como se verá más adelante, no sólo presenta defectos de transposición que no se acomodan al mínimo establecido en la Directiva comunitaria, sino que, además, en otros aspectos implanta un régimen más estricto, que puede considerarse incluido en la capacidad que tienen los Estados de establecer niveles de protección más intensos, en virtud del artículo 14 de la Directiva de Aves silvestres.

La transposición del artículo 9 se ha realizado mediante legislación estatal básica, por lo que los defectos que presenta son especialmente graves, ya que operan en todo el territorio nacional. Las CCAA han trasladado a sus ordenamientos autonómicos estos defectos. Además, algunas de ellas han incorporado de manera errónea aspectos que sí podemos entender que estaban correctamente incorporados.

Se ha seguido en todo momento, a la hora de abordar el análisis del régimen de excepciones, el criterio general de que la interpretación de este régimen debe ser restrictiva. En consecuencia, se ha considerado que tan sólo se excepcionan aquellas prohibiciones que se encuentran en artículos que contienen una remisión expresa al artículo 28 de la Ley 4/89.

3.3.5.1. El régimen de excepciones en la legislación básica estatal.

a) Aspectos que comportan un régimen más estricto.

El Estado español ha establecido en su legislación básica un régimen de excepciones que contiene “medidas de mayor protección”, amparadas por el artículo 14 de la Directiva de Aves.

El artículo 9 de la Directiva comunitaria permite establecer excepciones a lo dispuesto en sus artículos 5 (protección general), 6 (comercialización), 7 (caza) y 8 (métodos prohibidos). La transposición del artículo 9 se ha llevado a cabo por la Ley 4/89, principalmente en su artículo 28 (el cual ha sido considerado legislación básica). Sin embargo, este artículo sólo se refiere de manera expresa al levantamiento de las prohibiciones contenidas en el artículo 26,4 de la misma Ley (que viene a trasponer el artículo 5 de la Directiva comunitaria). En otros lugares de la Ley se contienen también remisiones expresas a este artículo 28. Así, en el artículo 34,a)

(que viene a trasponer el artículo 8 de la Directiva, es decir, la prohibición de métodos masivos y no selectivos) y en la Disposición Octava de la Ley 4/89 (que contiene una excepción a la prohibición de cazar en período migratorio prenupcial).

Así pues, podemos afirmar de modo general, que el alcance de las excepciones en la legislación básica estatal es menos intenso que el de la Directiva comunitaria, ya que sólo permite, en principio, derogaciones de los siguientes artículos de la Directiva: artículo 5, artículo 7,4 (pero tan sólo para derogar la prohibición de cazar en periodo migratorio, no en época de celo reproducción o crianza) y artículo 8 (prohibición general de utilización de métodos masivos y no selectivos). Así, pues, **la legislación básica estatal no permite excepciones relativas a la comercialización ni a la prohibición de cazar en periodo de celo, reproducción y crianza y, por tanto, ha creado un régimen más estricto.**

Pero no sólo se manifiesta este régimen más estricto en los artículos de la Directiva que pueden ser “derogados”, sino también, en los supuestos de excepción. Así, el apartado f) del artículo 28,2, introducido recientemente por la Ley 40/97 en la Ley 4/89, establece literalmente como supuesto de excepción:

“f) para permitir en condiciones estrictamente controladas y mediante métodos selectivos y tradicionales, la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies **cinéticas** en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar la conservación de las especies”.

Esta letra f) ha introducido, pues, la letra c), del apartado 1 del artículo 9 de la Directiva comunitaria, pero dotándola de menor alcance, ya que se refiere sólo a las especies cinéticas, mientras que la Directiva se refiere a cualquier tipo de aves.

Aspectos de la transposición que comportan defectos.

Además de contener un régimen de mayor protección, la transposición realizada por la legislación básica estatal contiene defectos en su redacción que comportan el no respeto del mínimo de protección establecido en la Directiva.

1º) Se crean nuevos supuestos de excepción.

En efecto, el artículo 28,2, de la Ley 4/89, en sus letras c) y d), declara como supuestos habilitadores de excepción:

- c) la prevención de “perjuicios importantes a los cultivos, el ganado, los bosques, **la caza**, la pesca y la calidad de las aguas” lo cual contraviene el artículo 9,1,a) de la Directiva que no menciona la Caza.

-d) la “investigación, educación, repoblación o reintroducción, o **cuando se precise para la cría en cautividad**” lo cual contraviene el artículo 9,1,b) de la Directiva, en cuanto que éste precisa que la crianza debe ir **orientada** a las acciones mencionadas.

Se trata, por tanto, de supuestos de excepción que no respetan el mínimo establecido en la Directiva comunitaria, ya que tienen un contenido más amplio, al incluir los “perjuicios importantes...a la caza” y permitir la “cría en cautividad” sin más como supuesto de excepción, sin especificar que dicha cría en cautividad debe ir orientada a las acciones de investigación, educación, repoblación o reintroducción.

Existe, además, otro aspecto en la legislación básica estatal que entraña de manera indirecta la creación de un nuevo supuesto de excepción. Se trata de la mención a la **tradición** que se contiene en el artículo 28,2, f):

“f) para permitir en condiciones estrictamente controladas y mediante métodos selectivos y **tradicionales**, la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies cinegéticas en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar la conservación de las especies”.

De la lectura de este párrafo parece que sólo podrían concederse excepciones cuando los métodos además de selectivos sean *tradicionales*. Lo cual implicaría un régimen más estricto que el de la Directiva. Sin embargo y en la práctica, su introducción en la Ley operará en sentido contrario, porque existen sectores que están potenciando la idea de que la Ley 4/89 ha incluido un nuevo supuesto de excepción: la “tradicición”.

En realidad, la mayoría de las prácticas de caza que se consideran “tradicionales” en España (captura de zorzales con liga, captura de fringílicos, filats en coll) se caracterizan por ser no selectivas, además de masivas, de tal manera que la alusión a la tradicionalidad puede servir de amparo a la legalización de estas prácticas no acordes con la Directiva. Este es el caso de la Comunidad Valenciana, en donde el borrador de Ley de Caza, actualmente en tramitación, dedica un artículo a las prácticas de caza “tradicionales”, entre las que incluye al “parany”, amparándose, según se dice infiere de su Exposición de motivos, en que la Ley 4/89 ha incluido la tradicionalidad como supuesto de excepción. Lo mismo podría ocurrir con la captura de fringílicos e incluso con la caza en contrapasa (cuya autorización fue precisamente la causa de la introducción de este nuevo supuesto de excepción en la Ley 4/89).

2º) La legislación básica deja abierta la posibilidad de no realizar controles sobre las excepciones.

En cuanto a los requisitos formales de las excepciones, el artículo 28,3 d) recoge literalmente “los controles que se ejercerán, **en su caso**”.

Se trata también de un defecto de transposición especialmente grave, ya que “la Directiva exige precisar los controles que se van a ejercer. Esto implica que las autoridades estatales *están obligadas* a llevar a cabo comprobaciones respecto a aquellas personas que sean beneficiarias de la excepción”. La adición al requisito del control de la coetilla “**en su caso**”, implica que no es obligatorio llevar a cabo *en todo caso* dicho control.

3º)

La Disposición Adicional Octava (caza en período de migración prenupcial) crea un supuesto de excepción de aplicación imposible.

A esta cuestión ya se le ha dedicado un epígrafe completo, al cual remitimos (ver epígrafe 3.3.3).

Consecuencias del régimen de excepciones estatal en la potestad normativa de las CCAA.

La consecuencia práctica de este complejo régimen (con sus defectos y sus medidas de mayor protección) es que las CCAA no pueden establecer excepciones a la prohibición de

cazar en periodo de celo, reproducción o crianza ni a la reglamentación existente sobre la comercialización. Tampoco pueden permitir la captura en pequeñas cantidades de especies que no sean cinegéticas. De hacer esto vulnerarían la legislación básica estatal, por no respetar el mínimo de protección que rige en todo el estado español, e indirectamente la Directiva comunitaria, en tanto que el régimen más estricto que impone la legislación básica no sólo es acorde con la Directiva, sino que además permite la mejor consecución de los objetivos comunitarios en materia de conservación de las aves silvestres.

Por último, de establecer las CCAA excepciones basándose en las partes de la legislación básica que comportan un no respeto por el mínimo comunitario, o que entrañan fraude de ley (como la Disposición adicional Octava) estarían vulnerando la Directiva comunitaria. Podría pensarse que, en principio, las CCAA no tienen más opción que vulnerar la Directiva porque están obligadas por la legislación estatal básica.

Sin embargo, esto no es así, debido al propio régimen de reparto de competencias que existe en España y a la propia función que se otorga a la legislación básica. A saber, el establecimiento de la legislación básica no pretende una uniformidad de los ordenamientos autonómicos, sino establecer el mínimo de protección que debe regir en todo el territorio español. Las CCAA pueden, pues, mejorar ese mínimo de protección mediante la adopción de medidas adicionales de protección, pero nunca rebajarlo.

En este caso concreto, las medidas adicionales de protección permiten restringir la aplicación de los supuestos de la legislación básica que comportan un régimen más permisivo que el de la Directiva a sus justos términos, esto es, al mínimo comunitario. Dicho de otro modo, si las CCAA no permiten en su legislación autonómica excepciones para evitar daños a la caza, no sólo están respetando el derecho comunitario, sino que además están respetando el orden constitucional de competencias, porque estarían haciendo uso de su facultad de establecer normas adicionales de protección.

3.3.5.2. Las excepciones en la normativa autonómica:

La normativa autonómica existente en materia de caza y de protección de especies (es decir la normativa de todas las CCAA menos Baleares, Cantabria, Ceuta y Melilla), a la hora de establecer su régimen de excepciones, bien ha recogido los defectos presentes en la legislación estatal básica, bien ha incorporado de manera errónea aspectos que en dicha legislación básica son acordes con la Directiva. Se describe sucintamente a continuación cual es la situación del régimen de excepciones en cada CCAA.

a) Prohibiciones o prescripciones que se excepcionan:

Las CCAA se encuentran obligadas por las medidas de mayor protección establecidas en la legislación básica. Por ello, no pueden establecer excepciones al régimen de comercialización ni a la prohibición de cazar en periodo de celo, reproducción y crianza. A pesar de ello, diversas CCAA no han respetado este régimen. Así, Canarias, Castilla - León, La Rioja han establecido excepciones a la prohibición de cazar en época de celo, reproducción y crianza.

Ha sido comentado, además, que las CCAA no deberían recoger en su normativa las excepciones establecidas en la legislación básica que entrañan fraude de ley. En concreto, la excepción a la prohibición de cazar aves en su período de regreso a sus lugares de cría. Sin embargo, cuentan con esta excepción las CA de Canarias, Castilla-León y Navarra.

b) Supuestos de excepción:

Todas las CCAA que cuentan con normativa contienen los defectos que presenta la legislación básica estatal, es decir, incorporan los supuestos de: “evitación de daños a la caza” y “cría en cautividad” sin más, con la única excepción de Castilla - León, que no incluye los daños a la caza y en cuanto a la cría en cautividad matiza que deben tratarse de “procesos para la cría en cautividad autorizados”.

En cuanto al supuesto relativo a la captura en pequeñas cantidades – artículo 9,1,c de la Directiva -, incluido recientemente en la 4/89 por la reforma de la Ley 40/97, pero sólo referido a las especies cinegéticas, prácticamente ninguna CA lo contiene en su legislación, seguramente debido a que no aparecía en la formulación original de la Ley 4/89. Tan sólo contienen este supuesto: La Rioja - cuya Ley de caza es de 1998 - y Navarra - porque ha sido introducido en 1998 mediante una modificación a su Ley de Protección y gestión de la Fauna silvestre y sus hábitats -.

Por otra parte, algunas CCAA han incorporado nuevos supuestos de excepción que no vienen establecidos ni en la legislación básica estatal ni en la Directiva. Así:

- Castilla - La Mancha: “ para combatir enfermedades o epizootias que afecten a las especies cinegéticas”.

- Castilla - León: “Para prevenir accidentes en relación con la seguridad vial”; “para prevenir daños a instalaciones, infraestructuras o servicios de usos o interés público” y “Para la realización de las tareas propias de los Cotos industriales de Caza”.

- Extremadura: “Para facilitar el racional aprovechamiento en aquellos terrenos sometidos a régimen cinegético especial, susceptibles de aprovechamiento industrial”.

- La Rioja: “para combatir enfermedades o epizootias que afecten a las especies cinegéticas”

- Murcia: “cuando se precise para la... recuperación de la fauna silvestre”.

- Navarra: “cuando se precise para la... recuperación de la fauna silvestre”.

Por último, existen CCAA que introducen específicamente excepciones concretas para evitar daños a la agricultura y para control de daños de las especies cinegéticas.

c) Ausencia de otra solución satisfactoria.

Tan sólo las CCAA de La Rioja y Navarra incluyen este presupuesto habilitador, debido a la misma razón mencionada más arriba para el supuesto de pequeñas cantidades.

d) En cuanto a la obligatoriedad de realizar controles sobre las excepciones.

Prácticamente todas las CCAA han recogido la formulación de la Ley 4/89: “los controles que se ejercerán, **en su caso**”.

En resumen, algunas CCAA permiten establecer excepciones a la prohibición de cazar en época de celo, reproducción y crianza, en contra de lo establecido en la legislación básica estatal. En general, las CCAA han repetido los defectos presentes en el régimen de excepciones contenido en la legislación básica estatal, e incluso algunas han incorporado nuevos supuestos de excepción, por lo que se da un incumplimiento del Derecho comunitario.

3.4. RESUMEN DE LOS PROBLEMAS DE TRANSPOSICIÓN

Artículo 7,1: especies que pueden ser objeto de caza.

La legislación básica estatal (Ley 4/89, art. 33,1) no garantiza que las especies excluidas del Anexo II no sean cazadas. La única obligación que impone la Ley 4/89 a las CCAA es que no declaren como especies cinegéticas las especies que hayan sido catalogadas. Pero no todas las especies que NO figuran en el Anexo II de la Directiva han sido catalogadas en España (i.e. el Jilguero, el Verdecillo, el Verderón y el Pardillo).

No todas las CCAA cuentan con listado permanente de especies cinegéticas, que asegure que las autoridades subordinadas (Consejeros competentes en materia de caza) aplicarán de manera correcta la Directiva. Carecen de este listado: Aragón, Baleares, Cantabria, Castilla - La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, Navarra y País Vasco. Por tanto, la Directiva no se encuentra completamente incorporada en estos territorios. Lo estaría si se diera una efectiva y real aplicación supletoria del Real Decreto estatal 1095/89, pero al no ser así el incumplimiento del Derecho comunitario sigue existiendo.

La suma de ambos problemas genera una situación de ambigüedad e incertidumbre jurídica respecto de las especies que pueden ser objeto de caza.

Artículo 7,4. Prohibición de cazar en periodo de celo, reproducción y crianza.

La Disposición Adicional Séptima de la Ley 4/89 establece una excepción a la prohibición de cazar las especies en período de celo (captura de la Perdiz Roja con reclamo macho) sin acudir al régimen de excepciones. Por tanto no respeta los requisitos que exige la Directiva para establecer excepciones: inexistencia de otra solución satisfactoria, incardinarse en alguno de los supuestos de excepción y cumplir los requisitos formales. Diversas CCAA han establecido en su normativa permanente esta modalidad de caza amparándose en la DA Séptima sin acudir al régimen de excepciones.

El TJCE ha reiterado en múltiples ocasiones que cualquier derogación del régimen de protección de la Directiva debe basarse en el régimen de excepciones y respetar sus requisitos.

Artículo 7,4: Prohibición de cazar aves migradoras en su período de regreso a los lugares de cría

La Disposición Adicional Octava de la Ley 4/89 (introducida en la misma por la Ley 40/97) permite a las CCAA establecer excepciones a esta prohibición. La literalidad de esta Disposición Adicional desde un punto de vista estrictamente gramatical parece adecuarse a la Directiva Aves. Sin embargo, se trata de una **excepción de aplicación imposible**, ya que en la práctica no se dan los requisitos exigidos por la Directiva para establecer excepciones. En concreto, **no existe ningún problema a resolver que exija el levantamiento de esta prohibición**. En efecto, el interés de un grupo reducido de cazadores de cazar en “contrapasa” no puede ser en ningún caso prevalente sobre el interés comunitario de otorgar una “protección completa” a las aves (patrimonio común europeo) en aquellos períodos en los que son más vulnerables.

Esta Disposición Adicional **crea**, pues, una **ficción jurídica de legalidad, pues recoge un supuesto de excepción de aplicación imposible**, por cuanto que su efectiva aplicación no podrá, en ningún caso, ser acorde con la Directiva comunitaria.

Existen además otras consideraciones acerca de la aplicación de esta excepción que se comentan en la parte dedicada a los problemas de aplicación.

Artículo 8 y Anexo IV (prohibición de métodos no selectivos y masivos)

Se está dando un incumplimiento de la Directiva de Aves porque:

Existen CCAA que no cuentan con el listado de métodos prohibidos (Anexo IV de la Directiva) en norma permanente, que asegure que las autoridades subordinadas (Consejeros competentes en materia de caza) aplicarán de manera correcta la Directiva. Carecen de este listado País Vasco, Madrid, Galicia, Cantabria, Baleares y Cataluña. Por tanto, el Anexo IV de la Directiva no se encuentra incorporado en estos territorios. Lo estaría si se diera una efectiva y real aplicación supletoria del Real Decreto estatal 1095/89, pero al no ser así el incumplimiento del Derecho comunitario sigue existiendo.

Existen CCAA que han incorporado este listado, pero de manera incorrecta, bien porque faltan algunos de los métodos que figuran en el Anexo IV de la Directiva, bien porque aunque los mencionan, acto seguido establecen excepciones sin garantías. En ocasiones, se permite que las autoridades competentes restrinjan el listado por razones ajenas a las que expresamente se establecen en el régimen de excepciones, por ejemplo: la evolución de la población de las especies o porque las condiciones de manejo de tales métodos los “convierten” en selectivos. Estas CCAA son Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Castilla - La Mancha, Castilla – León, Extremadura, Murcia, Navarra.

La normativa de la CA de las Islas Baleares permite el uso de redes sin acudir al régimen de excepciones: *Decreto 27/1992, de 3 de junio, por el que se regula la caza del zorzal por el sistema tradicional de Filats en coll (redes en vaguadas).*

El Decreto considera que se trata de un procedimiento no masivo y sí selectivo en virtud de las características de su utilización (el “Filat” debe ser sostenido en todo momento por parte del cazador) y en consecuencia permite de manera general su utilización en las Islas Baleares.

La CA de Valencia prevé en su legislación una excepción a la prohibición de utilización de liga (Parany) sin justificar las razones o supuestos de excepción de la Directiva en los que se ampara.

La CA de Cataluña permite el uso de la liga para la captura de fringílicos sin acudir al régimen de excepciones.

El TJCE ha sido muy claro al declarar que las prohibiciones de la Directiva deben contenerse en disposiciones legales precisas y que toda excepción a esta prohibición debe hacerse de acuerdo con el régimen de excepciones.

Artículo 9: Régimen de excepciones

La legislación nacional (estatal y autonómica) contiene defectos de transposición, que vulneran el mínimo de protección establecido en la Directiva.

Se crean nuevos supuestos de excepción no contenidos en la Directiva.

El artículo 28,2, de la Ley 4/89 incluye como supuestos de excepción:

- “prevención de perjuicios importantes a la **caza**”.

- “**Cría en cautividad**” **sin más**, sin especificar que la crianza debe orientarse a las acciones de “investigación, educación, repoblación o reintroducción”

Todas las CCAA que tienen normativa han incorporado estos nuevos supuestos (aunque Castilla y León no incluye los daños a la caza). Además, algunas CCAA han creado otros nuevos supuestos de excepción:

- Castilla - La Mancha: “ para combatir enfermedades o epizootias que afecten a las especies cinegéticas”.

- Castilla y León: “Para prevenir accidentes en relación con la seguridad vial”; “para prevenir daños a instalaciones, infraestructuras o servicios de usos o interés público” y “Para la realización de las tareas propias de los Cotos industriales de Caza”.

- Extremadura: “Para facilitar el racional aprovechamiento en aquellos terrenos sometidos a régimen cinegético especial, susceptibles de aprovechamiento industrial”.

- La Rioja: “para combatir enfermedades o epizootias que afecten a las especies cinegéticas”

- Murcia y Navarra: “cuando se precise para la... recuperación de la fauna silvestre”.

Por último, es necesario destacar el peligro que entraña la mención a la “**tradición**” que ha introducido la Ley 40/97 en la Ley 4/89. La introducción en esta Ley del supuesto de excepción relativo a las pequeñas cantidades (que antes no existía en nuestro derecho) se ha hecho del siguiente modo:

“f) para permitir en condiciones estrictamente controladas y mediante métodos selectivos y **tradicionales**, la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies cinegéticas en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar la conservación de las especies”.

De la lectura de este párrafo parece que sólo podrían concederse excepciones cuando los métodos además de selectivos sean *tradicionales*. Lo cual implicaría un régimen más estricto que el de la Directiva. Sin embargo y en la práctica, su introducción en la Ley operará en sentido contrario, porque existen sectores que están potenciando la idea de que la Ley 4/89 ha

incluido un nuevo supuesto de excepción: la “tradición”. En realidad, la mayoría de las prácticas de caza de aves que se consideran “tradicionales” en España (captura de zorzales con liga, captura de fringílicos) se caracterizan por ser no selectivas, además de masivas, de tal manera que la alusión a la tradición puede servir de amparo a la legalización de estas prácticas no acordes con la Directiva. Este es el caso de la Comunidad Valenciana, en donde el borrador de Ley de Caza, actualmente en tramitación, dedica un artículo a las prácticas de caza “tradicionales”, entre las que incluye al “parany”, amparándose, según se dice expresamente en su Exposición de motivos, en que la Ley 4/89 ha incluido la tradición como supuesto de excepción. Lo mismo podría ocurrir con la captura de fringílicos o con la contrapasa.

No se exige que los controles sobre las excepciones se realicen siempre y en todo caso como exige la Directiva (art. 9,2).

La Ley 4/89 (artículo 28,3 d) recoge literalmente “los controles que se ejercerán, **en su caso**”. La mayoría de las CCAA que tienen normativa han copiado este defecto.

Ninguna CCAA (con la excepción de La Rioja y Navarra) exige en su normativa que las excepciones se otorguen cuando “no exista otra solución satisfactoria”.

Algunas CCAA no respetan el nivel de protección más estricto establecido por la legislación básica, que no permite excepciones a la prohibición de cazar en periodo de celo, reproducción y crianza. Estas CCAA son: Canarias, Castilla y León y La Rioja.

4. PROBLEMAS DE APLICACION

Los problemas de aplicación de la Directiva de Aves silvestres más significativos en España han sido detectados por un reciente estudio que ha llevado a cabo el Departamento de Conservación de SEO/BirdLife y su Asesoría Jurídica sobre las Ordenes de Veda d

e los tres últimos años. Estos problemas son:

captura de fringílicos, caza de especies en declive, el establecimiento de periodos hábiles de caza escalonados, caza en contrapasa, caza de tórtola en media veda, prácticas de caza que utilizan métodos prohibidos como los “filats en coll”, el “parany” y la “barraca”.

En definitiva se trata de problemas relacionados con prácticas de caza que siguen gozando de gran arraigo en España, pero que no se adecuan al régimen protector establecido en la Directiva. Este problema no es exclusivo de nuestro país. En las conclusiones

del “Segundo Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 79/409” (Problemas de incorporación/Problemas de aplicación) se mencionaba expresamente como problema la CAZA ILEGAL:

“En varios países de la CE se observan prácticas de caza no conformes a las disposiciones de la legislación nacional.

En la mayoría de los casos, se trata de tradiciones de caza regionales o locales fuertemente arraigadas. Las prácticas de caza ilegales se explican, por una parte, por la falta de sensibilización, educación y formación de la población, y, por otra parte, por la falta de vigilancia eficaz. Con frecuencia las autoridades regionales o locales responsables de controlar la caza carecen de personal suficiente y competente”.

Como se puede ver, la Comisión, en este punto concreto, partía de la base de que la Directiva había sido correctamente transpuesta en los Estados miembros (“...prácticas de caza no conformes con la legislación nacional”). Sin embargo, ya ha sido demostrado que la legislación española ha incurrido en serios defectos de transposición. Veamos a continuación en qué medida tales problemas de aplicación se hayan relacionados con los problemas detectados en la transposición y cuales de aquellos, simplemente, consisten en el incumplimiento de la legislación nacional y comunitaria. Los problemas de aplicación se han aglutinado según el precepto de la Directiva que infringen.

4.1. CAPTURA DE FRINGÍLIDOS (artículos 5 y 7,1 de la Directiva).

La captura de especies fringílicas goza de una gran tradición en España y se practica en la mayoría de las CCAA. Suele afectar a las siguientes especies: Verderón, Verdecillo, Jilguero, Pardillo y Pinzón. Se trata de especies que no figuran en el Anexo II de la Directiva, por lo tanto están protegidas por el artículo 5 de la misma y su captura sólo sería posible acudiendo al régimen de excepciones establecido en su artículo 9.

Según un informe de SEO/BirdLife la captura de fringílicos se autorizó en la temporada 89-90 en todas las CCAA, a salvo de Asturias y Navarra (el estudio no incluía Ceuta y Melilla).

Sin embargo, del estudio realizado por el Departamento de Conservación de esta entidad sobre las Ordenes de vedas de las CCAA en los últimos tres años, resulta que **en la actualidad las CCAA más conflictivas son: Andalucía, Aragón, Baleares, Cantabria, Cataluña, Ceuta, Comunidad de Madrid, Murcia, País Vasco (el Territorio Histórico de Alava, el Territorio Histórico de Guipúzcoa) y Valencia.**

De los supuestos de excepción que postula el apartado 1 del artículo 9 de la Directiva, no es posible incardinar esta actividad en su letra a) debido a que estas especies no pueden causar daños a la salud humana ni a la seguridad pública o aérea ni causar perjuicios importantes a los cultivos, el ganado .. ni a otras especies de flora y fauna. Tampoco sería posible incardinarla en la letra b) ya que dice expresamente

“para fines de investigación o de enseñanza, de repoblación, de reintroducción, así como para **la crianza orientada a dichas acciones**”

Así pues, tan sólo sería posible ubicar esta actividad en el supuesto contenido en la letra c), es decir:

“Para permitir en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas aves en pequeñas cantidades”.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta que se utilizan para su captura métodos prohibidos expresamente por la Directiva como la red y la liga y también las cajas trampa. Así pues, y en principio, parece imposible que se pueda incardinar la captura de fringílicos en el supuesto de la letra c), ya que este supuesto exige expresamente un “modo selectivo” de captura. En este sentido, la Comisión europea ya comentaba, en su Segundo informe relativo a la aplicación de la Directiva 79/409/CEE (Com(93)572 final), que existían problemas con las excepciones que

había comunicado España en las temporadas 88 y 89, porque

“Las excepciones ... por las que se autoriza el uso de la liga para capturar Turdidae y **Fringilidae** no son justificables porque no se ha demostrado que este método sea selectivo”.

La Ley 4/1989, en su formulación original, no incorporó en su régimen de excepciones este supuesto relativo a las pequeñas cantidades. La incorporación de este supuesto se ha producido a través de la modificación realizada por la Ley 40/97 y solamente referida a las especies cinegéticas (art.28,2,f) de la Ley 4/89). Así pues, en sentido estricto, la captura de fringílicos era y sigue siendo, a pesar de la modificación legal, imposible en España. Recordemos la redacción literal de este artículo:

“f) para permitir en condiciones estrictamente controladas y mediante métodos selectivos y tradicionales, la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies **cinegéticas** en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar la conservación de las especies”.

Sin embargo, la captura de especies fringílicas se ha seguido practicando en España después de 1989. Las CCAA, para autorizarla se han venido amparando en una o varias de las siguientes habilitaciones legales:

en la habilitación contenida en el artículo 6 del RD 1095/89:

“ Cualquier otro acto de persecución, muerte o captura de especies distintas o en condiciones diferentes a las definidas en el presente Real Decreto, requerirá una autorización excepcional y expresa del órgano competente de la Comunidad Autónoma”.

- en el defecto de transposición en el que incurrió la Ley 4/89 al trasponer la letra b) del artículo 9,1 de la Directiva, al no exigir en el caso de la *cría en cautividad* que ésta se oriente a las acciones de investigación, educación, repoblación o reintroducción. Es decir, se han apoyado en su artículo 28, 2 d):

“cuando sea necesario por razón de investigación, educación, repoblación o reintroducción, **o cuando se precise para la cría en cautividad**”

- en la letra c) del artículo 9,1 de la Directiva directamente, pasando por encima de la propia legislación básica, que no incorporó este supuesto.

- o se han apoyado en su propia normativa autonómica, cuando la poseen y hace referencia expresa a este tema, la cual generalmente no sólo es inacorde con la legislación básica, sino también con la propia Directiva comunitaria.

Se enuncia a continuación cual es la situación en las CCAA que han devenido conflictivas en este punto en las últimas tres temporadas cinegéticas:

Andalucía: No suele incluir la captura de fringílicos de manera expresa en sus Ordenes de Veda Anuales, sino que viene permitiendo su captura por vía de Resolución más Circular administrativa, las cuales no gozan de publicidad. Como expresamente reconoce la Circular de 1998, se apoya para permitir la captura de fringílicos tanto en el artículo 9,1,c) de la Directiva como en el artículo 28,2,d) de la Ley 4/89. Su Orden de junio de 1991 no dice nada al respecto.

Aragón: A pesar de haber catalogado las especies fringílicas, se viene permitiendo su captura vía autorización excepcional, sin establecer nada al respecto en la orden de vedas.

Baleares: Tampoco ha incluido la captura de fringílicos en su Orden de vedas. Sin embargo su captura se permite por vía de autorizaciones excepcionales. No cuenta con normativa en materia de caza, ni tampoco en materia de protección de especies que sea significativa a los efectos que nos interesan.

Cantabria: Incluye la captura de fringílicos en su Orden de vedas. En ella no menciona expresamente los artículos en los que se apoya. Sin embargo, sabemos que se apoyan tanto en el artículo 28,2, d) de la Ley 4/89 como en el artículo 6 del RD 1095/89. Justifican la captura de fringílicos de la siguiente manera: Para crear un stock cautivo que permita ir reduciendo paulatinamente las capturas en la naturaleza y no por haber otra solución satisfactoria para obtener dicho stock.

Cataluña: Incluye la captura de fringílicos en su Ordenes anuales de veda. Se apoya en los artículos 22,2 y 33,3 de su Ley 3/1988 de Protección de los animales, que dicen expresamente:

“Se protegerán todas las especies de aves de longitud igual o menor a 20 cm. Ello implica la prohibición de capturarlas, sea vivas o muertas, El Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca **podrá excluir de dicha prohibición, mediante reglamento**, las especies perjudiciales para la agricultura y **las que sean capturadas para actividades tradicionales de fuerte arraigo en Cataluña y las autorizadas de forma expresa por las órdenes que fijan los períodos hábiles de caza en todo el territorio de Cataluña** y las vedas especiales establecidas para cada temporada” (*Artículo 22,2*).

“ **La utilización de la liga para la captura de pájaros fringílicos se regulará reglamentariamente en la Orden General de vedas**” (*Artículo 33,3*)

Como puede verse, la redacción dada estos artículos no recurre al régimen de excepciones y además contraviene expresamente el artículo 8 de la Directiva, en relación con el Anexo IV, relativo a los métodos prohibidos.

Ceuta: Se ha aprobado en la presente temporada mediante Resolución del Consejero competente. Esta resolución alude de manera genérica a la Ley 4/89, al RD 1095/89 y a la Ley 40/97. No tiene normativa general en materia de caza o en materia de protección de especies.

La resolución distingue entre la captura de aves canoras en otoño (12 octubre al 30 de noviembre) que se permite sin más y su captura en verano (15 de junio al 5 de agosto de 1999) a la que se califica de “Autorización especial”. En ambos casos se capturan las mismas especies y se establece el mismo cupo de captura.

Comunidad de Madrid: Recientemente ha venido ha instaurar de manera permanente esta práctica de caza mediante una Orden específica (Orden 2658/1998 por la que se autoriza la

caza de Aves fringílicas en Madrid). Esta Orden se apoya expresamente en el artículo 28,2 f) de la Ley 4/89- introducido recientemente por la Ley 40/97 -, el cual no puede en ningún caso habilitar esta captura ya que tan sólo permite la captura en pequeñas cantidades de especies **cinéticas**. También se menciona de manera genérica el régimen de excepciones de la Directiva, si bien no se especifica el supuesto que le serviría de apoyo.

Murcia: Se regula en su Orden de vedas, en la cual se menciona expresamente la habilitación contenida en el artículo 75 de su Ley 7/1995 de la Fauna silvestre, la caza y la pesca fluvial, que viene a permitir esta modalidad de caza por ser tradicional en la región apoyándose en los artículos 8,1,d) (que permite como supuesto de excepción la cría en cautividad sin más, reproduciendo el defecto de transposición de la legislación estatal)) y 54,2 (que declara la captura de fringílicos con liga en ramillete y red abatible como una practica a salvaguardar por tradicional y por respetar la legislación vigente) de esta misma Ley.

Es decir, se ampara en el supuesto de cría en cautividad.

Valencia: En esta CA las especies fringílicas son especies que se han incluido en el Catálogo Regional de Especies amenazadas con la categoría de "Especie Tutelada", a las cuales se define de la siguiente manera:

"Conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 4/89, de 27 de marzo, se crea el listado de especies tuteladas de Fauna de la Comunidad Valenciana, relacionadas en el Anexo III. En él se incluyen las especies, subespecies o poblaciones no amenazadas ni sujetas a aprovechamientos cinéticos o piscícolas que puedan precisar controles para evitar daños a otras especies protegidas, a la ganadería, a la agricultura o a la salud y seguridad de las personas. **Asimismo se incluyen en esta categoría las especies silvestres capturadas en modalidades tradicionales que no supongan la muerte de los ejemplares**" (artículo 2,3)

El régimen jurídico de protección que se prevé para estas especies es el siguiente:

"Con respecto a los ejemplares, huevos, larvas, crías o restos de las especies tuteladas, quedan prohibidas las siguientes conductas: **la muerte, la recolección o la captura no autorizadas**" (artículo 10).

Si bien parece, en principio, que se está otorgando a las especies fringílicas un estatuto de protección mayor del que les correspondería en virtud del artículo 5 de la Directiva de Aves, al crear para ellas nueva figura de catalogación y ser incluidas en el Catalogo Regional de especies amenazadas, en realidad esto no es así. La propia redacción de los artículos demuestra que se está asumiendo *a priori* que se trata de especies sobre las que se piensa practicar la caza y, en la práctica, se les está reduciendo el nivel de protección.

Por otra parte, las Ordenes anuales de vedas valencianas no suelen establecer de manera expresa cuales son las condiciones para la captura de los fringílicos. La técnica habitual viene siendo la siguiente: en una Disposición adicional de la Orden de vedas el Consejero competente faculta a los Directores territoriales para conceder excepciones amparadas en el artículo 28,2 de la ley 4/89 y que afecten a las especies tuteladas. Se suele regular asimismo cual es la documentación que debe aportar el solicitante de la excepción, pero nunca de manera expresa qué especies se pueden capturar, ni cuales son los cupos, métodos permitidos y controles a ejercer.

En definitiva, la autorización de la captura de fringílicos en España es ilegal.

1. En primer lugar, porque la selectividad de los métodos que se utilizan sigue estando en entredicho.

2. En segundo lugar, porque la combinación de la normativa comunitaria y estatal básica impide esta práctica en España: las CCAA están obligadas por la Directiva, en tal medida no

pueden apoyarse en el supuesto de excepción contenido en la legislación básica que se refiere a la cría en cautividad sin más, porque ha sido mal incorporado. Así pues, para saber si pueden permitir la captura de fringílicos deben atender directamente a la literalidad de la letra b) del artículo 9,1 que goza de “efecto directo” ante el caso de mala transposición. Su exigencia de que la cría en cautividad se oriente a acciones de investigación, introducción o educación excluye su aplicación a la captura de fringílicos y de hacerse se vulnera el Derecho comunitario. Por otra parte, la incorporación del supuesto 9,1,c) de la Directiva a la normativa básica estatal se caracteriza por ser una medida de mayor protección, amparada en el artículo 14 de la Directiva, ya que sólo permite la captura en pequeñas cantidades de especies “cinegéticas”. Las CCAA no pueden, tampoco, acudir a este supuesto de excepción, so pena de vulnerar el mínimo de protección establecido en la legislación básica estatal, que les obliga directamente, e indirectamente, vulnerar la Directiva comunitaria.

3. En tercer lugar, y aunque la captura de fringílicos cupiera cómodamente en alguno de los supuestos mencionados, aunque no es el caso, no se daría en ningún caso la “inexistencia de otra solución satisfactoria” alternativa a la captura en la naturaleza. Las CCAA han venido permitiendo la captura de fringílicos desde hace mucho tiempo y en ingentes cantidades. Así, el “Segundo Informe de Aplicación de la Directiva 79/409” de la Comisión Europea declara que en 1986 se capturaron en toda España nada menos que 72 millones de ejemplares, y ya en 1990 cuatro millones. Esto implica, evidentemente, que existe ya un suficiente stock cautivo y que los intercambios entre criaderos suponen una solución alternativa y satisfactoria para que los aficionados al silvestrismo desarrollen su afición de educarlos y hacerlos participar en los concursos de canto.

El problema de captura de fringílicos es un problema de aplicación directamente relacionado con el problema de transposición del régimen de excepciones en España. Como ya señalamos, se trata de un régimen complejo que presenta por un lado, medidas de mayor protección, pero también, defectos en la transposición. La combinación de ambas características impide la captura de fringílicos. Por otra parte, existen problemas de transposición también en la normativa autonómica que amparan esta práctica.

4.2. CAZA DE ESPECIES QUE NO SE HALLAN EN BUEN ESTADO DE CONSERVACIÓN (Artículos 7.1 y 7.4 primera frase de la Directiva)

El artículo 7 de la Directiva comunitaria faculta a los Estados para permitir la caza de las especies que se enumeran en el Anexo II, si lo consideran pertinente, debido a que su situación en el conjunto de la Comunidad es bueno. No obstante lo anterior, la práctica de la caza sobre las especies que figuran en el Anexo II debe ser razonable y no ocasionar el declive

de las poblaciones de las especies a las que afecte por debajo del nivel que corresponda (artículo 7,4, primera frase).

Según datos de SEO/BirdLife algunas de las especies que podrían ser objeto de caza por figurar en el Anexo II de la Directiva se encuentran en mal estado de conservación en España. Estas especies son, por un lado: la Perdiz Pardilla española (*Perdix perdix hispaniensis*), la Tórtola Común (*Streptopelia turtur*) y la Paloma Zurita (*Columba oenas*). Por otro: el Anade Friso (*Anas strepera*), la Cerceta carretona (*Anas querquedula*), el Anade Rabudo (*Anas acuta*), la Agachadiza chica (*Lymnocyptes minimus*), la Chocha Perdiz o Becada (*Scolopax rusticola*), el Pato colorado (*Netta rufina*) y la Codorniz (*Coturnix coturnix*).

Como ya sabemos, la transposición del artículo 7 de la Directiva que realizó la legislación básica española (artículo 33 y 34) establece que las especies que figuran en los Catálogos no pueden ser objeto de caza y que es posible establecer moratorias temporales cuando razones de orden biológico lo aconsejen.

Es por ello que SEO/BirdLife vienen solicitando respecto del primer grupo de especies mencionado su inclusión en los Catálogos Nacional y regionales, y respecto del segundo una moratoria en su captura de al menos dos temporadas de cría.

Sin embargo los procedimientos administrativos de catalogación son lentos, en el caso de que se decida iniciarlos, y las CCAA no han sido receptivas a la idea de establecer dos temporadas de veda. De hecho, en las últimas temporadas hábiles de caza las CCAA han permitido la captura de tales especies.

Así pues, se vienen produciendo un incumplimiento del artículo 7,4, primera frase, de la Directiva de Aves silvestres al no utilizarse los mecanismos establecidos en la legislación española para procurar que la caza respete los principios de una utilización racional y mantenga las poblaciones en el estado que le corresponde desde el punto de vista ecológico, cultural y científico.

Este problema no está directamente relacionado con los problemas de transposición. Más bien se trata de un problema de no aplicación de la normativa aplicable.

4.3. CAPTURA DE PERDIZ CON RECLAMO MACHO EN PERÍODO DE CELO (artículo 7,4 de la Directiva).

La captura de Perdiz (*Alectoris rufa*) con reclamo es habitual en las CCAA de Aragón, Baleares, Castilla - La Mancha, Extremadura, Murcia y Valencia. Se trata de una práctica de caza que por definición se realiza en la época de celo de esta especie.

Estas CCAA vienen apoyándose en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 4/89, que como ya sabemos habilita a las CCAA para autorizar este tipo de captura pero sin acudir al régimen de excepciones. Lo cual sería obligado, dado que tanto en la Directiva como en la Ley 4/89 está expresamente prohibida la caza en las épocas de celo, reproducción y crianza.

Estos son los períodos hábiles que se han aprobado en la presente temporada de caza (1998-1999).

Aragón: 31 enero, 21 de marzo.
Baleares: 4-31 enero (Mallorca)
15 dic-24 enero (Menorca, Ibiza y Formentera).
Castilla-La Mancha: 9 febrero-22 de marzo (Albacete)
1 febrero-14 marzo (Ciudad Real)
15 febrero-22 marzo (Cuenca)
8 febrero-15 de marzo (Guadalajara)
6 de febrerp-19 marzo (Toledo).
Extremadura: 16 enero-28 febrero (Badajoz);
23 enero-7 marzo (Cáceres)
Murcia: 3 enero-14 febrero (zona baja o de la costa);
17 enero-28 febrero (zona media o centro);
7 febrero-21 de marzo (zona alta o noroeste).
Valencia: 24 enero-28 de febrero (zona alta Alicante);
10 enero- 14 febrero (zona baja Alicante);
24 enero-14 febrero (Castellón y Valencia).

Este problema de aplicación está directamente relacionado con los problemas de transposición, en la medida en que estamos en presencia de una excepción a la prohibición de cazar en época de celo que no respeta los requisitos comunitarios en cuanto al régimen de excepciones: inexistencia de otra solución satisfactoria, etc.

4.4. CAZA DE AVES MIGRADORAS EN SU PERÍODO DE REGRESO A LOS LUGARES DE CRÍA (artículo 7,4 de la Directiva).

En España diversas CCAA están permitiendo la caza de especies migratorias en período de migración prenupcial, a pesar de que esta práctica está expresamente prohibida en los artículos 7,4 de la Directiva y 34,b) de la Ley 4/89. Un primer bloque de CCAA (Andalucía, Baleares, Cataluña y Extremadura) la permiten sin acudir al régimen de excepciones, mediante el establecimiento de períodos de veda que se adentran en los meses de febrero e incluso marzo, escalonando además las fechas de veda en función de las diferentes especies. Otro bloque de CCAA (País Vasco y Navarra) la permiten acudiendo al régimen de excepciones, esto es, a la excepción contemplada en la Disposición Adicional Octava de la Ley 4/89. Por último, la Ciudad Autónoma de Ceuta viene permitiendo la caza de codorniz en la Media veda de junio.

Es necesario tener en cuenta que la amplia mayoría de las especies que se consideran cinegéticas por las CCAA son migratorias. Así: Becada, Codorniz, Estornino Pinto, Estornino Negro, Zorzal Común, Zorzal Alirrojo, Zorzal Charlo, Zorzal Real, Paloma Torcaz, Tórtola

Común y, entre las acuáticas, Anade Real, Anade Friso, Anade Silbón, Anade Rabudo, Anasar Común, Cerceta Común, Cerceta Carretona, Focha, Porrón Común, Porrón Moñudo, Pato Cuchara, Agachadiza Común, Agachadiza Chica, Avefría y Gaviota Reidora.

4.4.1. PRIMER BLOQUE DE CCAA: EXTENSIÓN DE LOS PERIODOS HÁBILES DE CAZA A FEBRERO E INCLUSO MARZO Y ESTABLECIMIENTO DE VEDAS ESCALONADAS.

Las CCAA más conflictivas a la hora de establecer las fecha de veda para especies migratorias son Andalucía, Cantabria, Cataluña y Extremadura.

Estas CCAA extienden los periodos hábiles de caza de algunas especies migratorias a febrero e incluso marzo. La extensión de estos períodos de caza hace que estas especies migratorias puedan ser cazadas en su época de migración prenupcial, mientras que para otras especies migratorias la caza ya está vedada.

Aunque las CCAA están vinculadas por la prohibición de cazar en período de regreso migratorio, establecida en el artículo 34,b) de la Ley 4/89, pueden no respetar las previsiones del RD 1095/89 que declaraba que el periodo de regreso era el comprendido entre el 1 de febrero y el 31 de mayo, ya que fue retirado su carácter básico. En consecuencia, las CCAA gozan de entera libertad para establecer las fechas de veda, sin más obligación que respetar la Ley 4/89 y los pronunciamientos del TJCE al respecto.

El TJCE se ha pronunciado respecto del mandato contenido en el artículo 7,4 de la Directiva y ha declarado que:

“...el apartado 4 del artículo 7 de la Directiva está destinado a asegurar un régimen completo de protección durante los períodos en los que la supervivencia de las aves está particularmente amenazada”,

“...la protección contra las actividades cinegéticas no puede limitarse a la mayor parte de las aves de una especie dada, definida según la media de los movimientos migratorios”

“el método que consiste en fijar la fecha de veda de la caza en función del período durante el cual la actividad migratoria alcance su nivel máximo no puede ser considerado compatible con el apartado 4 del artículo 7 de la Directiva. Asimismo sucede para los métodos que tomen en cuenta el momento en que un determinado porcentaje de aves haya comenzado su migración o para los que consistan en determinar la fecha media del principio de la migración en período de celo”

“La fijación para todas las especies afectadas, de una fecha única de veda de la caza que corresponda a la fijada para la especie que emigre anticipadamente, garantiza en principio la consecución del objetivo fijado por la tercera frase del apartado 4 del artículo 7”.

“La fijación, por parte de un Estado Miembro, de fechas de veda escalonadas en función de las especies de aves, es incompatible con la tercera frase del apartado 4 del artículo 7 de la citada Directiva, salvo si ese Estado Miembro puede aportar la prueba, fundada en datos científicos y técnicos apropiados para cada caso particular, de que un escalonamiento de las fechas de veda de caza no impide la protección completa de las especies de aves que puedan estar afectadas por dicho escalonamiento”

(Sentencia de 19 de enero de 1994, asunto C-435/92, y Sentencia de 17 de enero de 1991, asunto C-157/89).

En definitiva, podemos afirmar que las CCAA no pueden permitir la caza de ninguna especie migratoria dentro de su período de migración prenupcial. A la hora de fijar las fechas de cierre del período hábil para cada especie, no se pueden emplear métodos que consistan en fijarla en función del período durante el cual la actividad migratoria alcanza su nivel máximo, ni métodos que tomen en cuenta el momento en que un determinado porcentaje de aves haya comenzado su migración o que consistan en determinar la fecha media del principio de la migración en período de celo.

Por otra parte, no es posible establecer fechas escalonadas, o lo que es lo mismo, fechas de veda distintas según las especies debido a los riesgos de confusión y de molestias a otras especies migratorias. Corresponde al Estado, en este caso a las CCAA, probar que tal escalonamiento no impide que exista una protección completa de las aves migratorias.

Es difícil determinar con precisión cuales son los momentos en los que se inician las migraciones. Como declaró el Tribunal en las Sentencias antes mencionadas, existe una variabilidad en las fechas de inicio de la migración según la especie de que se trate, así como de las circunstancias meteorológicas, etc. En la práctica, existen especies que inician su migración a mediados de enero, mientras que otras la inician a primeros o mediados de febrero y otras incluso en marzo. Es por ello, que desde ámbitos conservacionistas se viene solicitando que la fecha de cierre de la temporada hábil de caza sea el 31 de enero de cada año. Esta fecha se considera suficiente para procurar una protección completa de las aves migratorias y de hecho, fue asumida por el Estado español a la hora de emitir el RD 1095/89. Este RD, en el tiempo que fue aplicable, permitió el cumplimiento de la prohibición de cazar en periodo migratorio prenupcial y también impidió el establecimiento de fechas de veda escalonadas. Sin embargo, la retirada del carácter básico al art. 4 de este Real Decreto ha determinado que las CCAA sean libres a la hora de establecer las fechas de veda, lo cual no obsta para que se vean obligadas a no permitir la caza en dicho periodo y a no establecer fechas de veda escalonadas.

Como punto de referencia para una aproximación a este problema, podemos tomar un estudio que SEO/BirdLife, realizó en Julio de 1996, en el que se estimó que las fechas de paso prenupcial en Navarra y Guipúzcoa de Becada, Paloma Torcaz y Zorzal Real, Común, Alirrojo y Charlo eran las siguientes:

Becada: desde mediados de enero hasta marzo, con paso central a mediados de febrero.

Paloma Torcaz: desde finales de enero hasta abril, con paso central entre la segunda quincena de febrero y la primera quincena de marzo.

Zorzal Real: Desde finales de enero hasta abril (incluso mayo), con paso central en febrero.

Zorzal común: desde primeros de febrero hasta abril, con paso central a mediados de febrero.

Zorzal alirrojo: desde finales de enero (aunque ya ejemplares escasos en esta fecha) con paso central en febrero.

Zorzal charlo: desde finales de enero hasta marzo, con paso central a mediados de febrero.

Este informe declaraba que es *“evidente (que) durante el mes de febrero hay ya migración activa de las especies consideradas, por lo que es de esperar que el “comienzo” del paso prenupcial se produzca incluso a lo largo del mes de enero”*. Por otra parte el informe mencionaba que las fechas estimadas de migración prenupcial para Guipúzcoa y Navarra, coincidían con las fechas de paso en otras zonas geográficas próximas. Así pues, podemos considerar que tales fechas son aplicables tanto a Cantabria como Cataluña. Además, dado que la migración prenupcial se produce de sur a norte (el objetivo final son los cuarteles de cría

del norte de Europa), podemos considerar que en las regiones del Sur de España la migración prenupcial de tales especies se produce incluso antes.

Se enuncian a continuación los períodos hábiles de caza establecidos por estas CCAA en la última temporada cinegética y en qué medida están vulnerando la Directiva de Aves:

Andalucía

En esta última temporada de caza, la CA de Andalucía ha permitido la caza de:

Codorniz, Beca, Estorninos y Tórtola Común: del 12 octubre-20 diciembre.

Aves acuáticas: del 12 octubre-31 de enero

Paloma Torcaz y Zorzales: del 12 octubre-15 febrero.

Esta CA estaría incumpliendo el Derecho comunitario porque:

permite la caza de Paloma Torcaz y de Zorzales en su época de migración prenupcial. En efecto, el período hábil se extiende hasta el 15 de febrero, cuando la Paloma Torcaz iniciaría su migración antes de fines de enero y tendría su paso central en esta CA antes de la segunda quincena de febrero. En cuanto a los Zorzales Real y Alirrojo, inician su migración antes de finales de enero y contarían con paso central durante todo el mes de febrero. Por su parte, los Zorzales Común y Charlo cuentan ambos con paso central antes de mediados de febrero, habiendo comenzado su paso antes de primeros de febrero y antes de finales de enero, respectivamente.

Parece estar empleando el método que consiste en fijar la fecha de la veda para la Paloma Torcaz y los Zorzales en función del período durante el cual la actividad migratoria alcanza su nivel máximo.

Está permitiendo la caza de Paloma Torcaz y Zorzales en fechas en las que ya está vedada la caza de Codorniz, Beca, Estorninos y Tórtola común, especies igualmente migratorias. Existe un escalonamiento de fechas de veda y se está facilitando la muerte de estas últimas especies por confusión, además de su perturbación.

Cantabria

Por su parte, la CA de Cantabria ha permitido la caza de:

Codorniz, Tórtola Común, Zorzales (Alirrojo, Charlo, Real y Común) y estorninos : del 11 de octubre-31 de enero.

Becadas, aves acuáticas y Paloma Torcaz: 11 de octubre al 21 de febrero.

Cantabria está incumpliendo el Derecho comunitario porque:

1) Permite la caza de Beca y Paloma Torcaz hasta el 21 de febrero, cuando las fechas de paso migratorio fijadas para Guipúzcoa y Navarra le serían directamente aplicables. Así las fechas de paso de la Paloma Torcaz van desde fines de enero hasta abril y tiene su paso central en esta CA en la segunda quincena de febrero. En cuanto a la Beca, la quiebra es más patente aún, pues su paso se produce desde mediados de enero hasta marzo, con paso central a mediados de febrero.

2) parece estar empleando el método que consiste en fijar la fecha de la veda para la Paloma Torcaz en función del período durante el cual la actividad migratoria alcanza su nivel máximo.

3) Está permitiendo la caza de Paloma Torcaz y Beca en fechas en las que ya está vedada la caza de Zorzales, Codorniz y Tórtola (31 de enero), por lo que existe un escalonamiento de fechas que facilita la confusión y la perturbación.

Cataluña

Cataluña ha permitido la caza de:

Paloma Torcaz, Tórtola común, Becada, Estorninos, zorzales y acuáticas excepto la Focha: 11 de octubre-7 febrero.

Focha: 11 octubre-14 febrero.

Acuáticas en el Delta del Ebro: 11 de octubre hasta 7 de marzo.

****Nota:** se permite autorizar la prórroga la captura de estorninos y zorzales hasta el 7 de marzo en determinadas zonas de Lleida y Tarragona, con base en daños a la agricultura.

Cataluña está incumpliendo el Derecho comunitario porque

1) Esta permitiendo la caza de Paloma Torcaz, Tórtola común, Becada, Estorninos y Zorzales hasta el 7 de febrero. Las fechas de paso prenupcial fijadas para Guipúzcoa y Navarra sería aplicables, por lo que se está permitiendo su caza en período de migración prenupcial.

2) Para la Paloma Torcaz, la Becada y los Zorzales Común y Charlo parece estar fijando la fecha de veda en función del período durante el cual la actividad migratoria alcanza su nivel máximo.

3) En cuanto a las acuáticas en general, está permitiendo su caza en pleno periodo migratorio, estableciendo además un escalonamiento ya que se permite la caza de la focha durante siete días más que el resto de acuáticas.

4) En cuanto a la caza de acuáticas en el Delta del Ebro, la fecha de la veda se establece el 7 de marzo, con lo que se permite su caza en pleno periodo de migración prenupcial.

Extremadura

La CA de Extremadura ha permitido la caza de:

Paloma Torcaz, Becada, Estorninos, Tórtola Común, Avefría, Anade Real, Focha Común y Agachadiza Común: del 12 de octubre - 6 de enero.

Zorzales. 15 noviembre 6 de enero.

Además: Palomas, zorzales y estorninos: de 9 de enero al 28 de febrero.

*****Nota:** los días hábiles de caza son los sábados, domingos y festivos. Sin embargo, del 9 de enero al 28 de febrero se permite la caza de palomas en el resto de días de la semana por daños a la agricultura, a condición de obtención de la oportuna autorización.

Extremadura: está incumpliendo el Derecho comunitario porque

1) Permite la caza de Paloma Torcaz, Zorzales y Estorninos hasta el 28 de febrero, siéndole de aplicación a esta CA las mismas consideraciones realizadas respecto de la CA andaluza en este punto.

2) Está estableciendo un escalonamiento en las fechas de veda, ya que desde el 9 de enero al 28 de febrero se pueden cazar palomas, zorzales y estorninos, estando ya cerrado el período hábil de caza de otras especies migratorias como la Becada o la Tórtola común.

Estas 4 CCAA han venido estableciendo períodos similares de veda en las últimas tres temporadas de caza.

Como se puede ver, estas CCAA están estableciendo los períodos de veda atendiendo a criterios o métodos no compatibles con la Directiva. Resulta claro que los períodos hábiles de caza previstos para algunas especies (fundamentalmente Palomas y zorzales) están permitiendo su caza en pleno período de migración, sin acudir al régimen de excepciones. Están, además, estableciendo fechas de veda escalonadas, ocasionando molestias e incluso el abatimiento de especies para las cuales ya está vedada la caza. Todos estos aspectos implican un incumplimiento del Derecho comunitario.

Este problema de aplicación de la extensión de los períodos de veda no goza de una relación muy directa con los problemas de transposición, tratándose más bien de un problema de no aplicación de la normativa aplicable. No obstante, trae su causa de la no aplicación del RD 1095/89, al cual, como ya sabemos, se le retiró el carácter básico, y por tanto, no debe ser obligatoriamente respetado por las CCAA.

4.4.2. SEGUNDO BLOQUE DE CCAA: LA CAZA EN CONTRAPASA.

Esta práctica de caza se diferencia del problema mencionado en el epígrafe anterior en que no produce una extensión del período hábil de caza, sino que se establece un período hábil de caza específico (en febrero y marzo), acudiendo al régimen de excepciones, para cazar determinadas especies en período de migración prenupcial.

La afición a la caza contrapasa de Palomas Torcaes se da fundamentalmente en el País Vasco y Navarra. Sin embargo, en estas 2 CCAA la situación legal y las tendencias son diferentes. Se concretan a continuación sus especificidades, así como la evolución de nuestra legislación estatal básica.

Período 1989-1997

La Ley 4/89, en su formulación inicial, estableció un régimen de mayor protección que el establecido en la Legislación comunitaria. Así, se contempló en el artículo 34,b) la prohibición de cazar especies migratorias durante el período de regreso hacia sus lugares de cría. Este artículo no establecía ninguna remisión al artículo 28 de la Ley, en el cual se contiene el régimen de excepciones. Por otra parte, el artículo 28 no había incorporado la letra c) del artículo 9,1 de la Directiva, es decir, el supuesto de excepción relativo a la captura de aves en pequeñas cantidades, el único supuesto de excepción en el que podía encontrar cabida la caza en contrapasa. A esto hay que sumar que el RD 1095/89 había concretado el período de migración prenupcial, estableciendo que era el comprendido entre el 1 de febrero y el 31 de marzo, a través del artículo 4,1, que fue calificado como básico. Todos estos factores,

determinaron que a partir de 1989 la caza en contrapasa estuviera absolutamente prohibida en España.

Así pareció entenderlo la CA de **Navarra**, la cual emitió en febrero de 1992 la Ley Foral 1/92, de 17 de febrero, de protección de la fauna silvestre migratoria. Esta Ley contenía un único artículo en el que se prohibía en la Comunidad Foral de Navarra el ejercicio de la caza "en contrapasa". Además, esta Ley, en su Disposición Transitoria Primera, encomendaba al Gobierno autonómico la elaboración de una Ley de Protección y Gestión de la Fauna silvestre de Navarra y su remisión al Parlamento. En marzo de 1993 se aprueba la Ley 2/1993, de 5 de marzo, de protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitats, que incorpora en su artículo 39,1 la prohibición de cazar las especies migratorias en las épocas de regreso a los lugares de cría, sin posibilidad de excepción. En consecuencia, las autoridades administrativas no autorizaron la caza en contrapasa.

Por su parte, la CA del **País Vasco**, se opuso desde el primer momento tanto al carácter básico de la prohibición de cazar en periodo migratorio prenupcial - contenida en el art. 34,b) de la Ley 4/89 -, como al de las previsiones del RD sobre dicho periodo. Así, en 1990 el Gobierno Vasco interpuso ante el TC recurso de inconstitucionalidad contra la Ley y conflicto positivo de competencia contra el RD.

Además, y sin esperar al fallo del TC, en la practica hizo caso omiso a lo establecido en la legislación básica estatal. En enero de 1992 las tres Diputaciones Forales vascas (Alava, Bizcaya y Guipúzcoa) emitieron Ordenes Forales permitiendo la caza en contrapasa en los meses de febrero y marzo (temporada 1992/93), amparándose directamente en el artículo 9,1,c) de la Directiva.

La asociación ecologista "Sociedad Ornitológica Lanius" interpuso recursos contencioso-administrativos contra las 3 ordenes y solicitó la suspensión cautelar de las mismas, cosa que les fue concedida en marzo de aquel año. No obstante haber sido puesta en tela de juicio la caza en contrapasa en el País Vasco y a pesar de las suspensiones judiciales, la Diputación Foral de Guipúzcoa volvió a emitir Ordenes forales en las que se autorizaba esta modalidad de caza en 1993, 1994 y 1995. Por su parte, Vizcaya emitió ordenes forales en los años 1994 y 1995. Todas estas Ordenes fueron recurridas por la S.O. Lanius y suspendidas cautelarmente por el TSJ del País Vasco.

Las causas contenciosas vienen siendo lentas en el País Vasco, siempre que la Administración no se allane a las pretensiones del recurrente y, en consecuencia se practique el correspondiente período de prueba. Así por ejemplo, el pleito relativo a la Orden Foral 1/92 de Alava fue resultado en diciembre de 1996, es decir, casi cuatro años después.

Ello ha determinado que las administraciones forales vascas hayan utilizado la siguiente estrategia: emitir la Ordenes Forales autorizando la contrapasa en enero o febrero, es decir, inmediatamente antes de la apertura del periodo hábil de caza, para emitir posteriormente en marzo, justo un poco antes del cierre del periodo hábil, Ordenes Forales que anulaban las emitidas en enero o febrero.

Esta táctica fue especialmente utilizada por la Diputación Foral de Vizcaya, la cual, además, se allanaba a las pretensiones de los recurrentes de sus Ordenes Forales. Así, la Orden Foral 803/94, de 17 de febrero, que autorizaba la caza en contrapasa en la temporada 1993/94 en Vizcaya, fue dejada sin efecto por el Consejero competente mediante la Orden de 23 de marzo de 1994, al tiempo que la Diputación Foral se allanaba en el pleito contencioso. El pleito fue resuelto por la Sentencia 732/94 de 8 de noviembre del TSJ del País Vasco, que anulaba la primera Orden. A pesar de dicha Sentencia, el Consejero competente emitió dos meses después una nueva Orden Foral, la 73/95 de 27 de enero de 1995, por la que se autorizaba para la temporada cinegética 1994/95 de nuevo la contrapasa en Vizcaya. Orden que fue

recurrida igualmente por Lanius, y anulada por el propio Diputado Foral mediante la Orden 857/1995 de 9 de marzo, allanándose acto seguido en el contencioso contra la misma.

Esta táctica llevó a la asociación Lanius a interponer un pleito criminal contra el Diputado Foral por aquel entonces firmante de las Ordenes Forales que permitían y anulaban la contrapasa. Este pleito fue resuelto por la Sentencia de 27 de diciembre de 1997 de la Audiencia provincial de Vizcaya, en la cual se le condenaba por prevaricación.

Entre medias, la CA del País Vasco aprobó su Ley de Conservación de la Naturaleza - Ley 16/1994 - en la que se dedica el Capítulo V del Título IV a la "Caza y la Pesca en aguas continentales". En este capítulo, si bien se recoge la prohibición genérica de utilización de métodos de caza masivos y no selectivos, no se recoge la prohibición de cazar las especies migratorias en su periodo de regreso a los lugares de cría, lo cual ya es llamativo de por sí. No obstante, en otra parte del texto (Capítulo I - Disposiciones Generales - del Título IV - De la Fauna y de la Flora) se establece lo siguiente:

"Se favorecerá la migración de las especies que atraviesan el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, preservando, en la zona marítima y terrestre, los lugares de paso, concentración, reposo, muda o alimentación **y limitando las actividades** u obstáculos **que la dificulten**" (artículo 42).

¿Supone esto una medida adicional de protección a lo establecido en la Ley 4/89? ¿Impide o facilita la caza en contrapasa? La ambigüedad de su redacción, unida a la ausencia de la prohibición de la caza en periodo de migración prenupcial, indica que el Parlamento Vasco no quiso pronunciarse de una manera clara respecto a la caza en contrapasa, al contrario de lo que ocurrió en Navarra.

En cualquier caso, tras la presentación en 1995 de la denuncia criminal por prevaricación contra el Diputado Foral competente de Vizcaya, dejaron de emitirse autorizaciones para cazar en contrapasa en el País Vasco.

Así pues, durante el período 1989-1997, la autorización de la caza en contrapasa era absolutamente ilegal en España, pese a lo cual fue autorizada en la CA del País Vasco. En este sentido hay que tener en cuenta que durante unos 6 años los cazadores vascos han estado beneficiándose de una legislación ilegal.

Período 1997-hasta la fecha.

Ante las dificultades para autorizar esta modalidad de caza, sectores parlamentarios nacionalistas, empujados por los colectivos de cazadores, iniciaron una campaña para modificar la Ley estatal 4/89 e incluir como excepción expresa la caza en contrapasa. Con el apoyo del Partido Popular, el Partido Nacionalista Vasco incorporó una nueva disposición adicional octava en la Ley 4/89, mediante la modificación de la misma por la Ley 40/1997, cuyo texto es el siguiente:

"Si no hubiera otra solución satisfactoria, y cumpliendo los requisitos de los apartados 3 y 6 del artículo 28, la Administración competente podrá dejar sin efecto la prohibición contenida en el párrafo b) del artículo 34 respecto de las aves migratorias no catalogadas y durante su trayecto de regreso a sus lugares de cría, para permitir, en los lugares tradicionales, en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo, la captura, la retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies cinegéticas en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar la conservación de las especies"

Asimismo se ha introducido en el artículo 28 de la Ley 4/89 un nuevo apartado f) que viene a recoger de forma genérica el contenido en la letra c) del artículo 9,1 de la Directiva.

Tras este hito parlamentario la situación ha variado sustancialmente. Así, Navarra ha procedido a modificar su Ley de Protección y Gestión de la Fauna silvestre, mediante la Ley Foral 5/1998, para incorporar tanto el nuevo supuesto de excepción como el texto de la Disposición Adicional Octava de la Ley 4/89. Tras lo cual ha emitido recientemente la Orden Foral 147/1999, de 2 de febrero, reguladora de caza de Paloma Torcaz en contrapasa para el año 1999.

Por su parte, y en el País Vasco, el Territorio Foral de Guipúzcoa permitió el año pasado la caza en contrapasa mediante la Orden Foral de 4 de febrero de 1998. Esta Orden ha sido recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por SEO/BirdLife, sin que hasta la fecha esta entidad haya sido emplazada para formalizar la demanda. En cuanto a la presente temporada, la caza en contrapasa ha sido aprobada tanto por Guipúzcoa (Orden Foral de 11 de enero de 1999), como por Vizcaya (Orden Foral nº 4611/1998, de 2 de julio), basándose ambas Diputaciones Forales en la Disposición Adicional Octava de la Ley 4/89.

Tanto los cazadores que se benefician de la autorización de caza en contrapasa, como las Administraciones autonómicas que la permiten se amparan actualmente en el argumento de que la contrapasa es "legal", ya que viene amparada por la Disposición Adicional Octava.

Sin embargo, ya ha sido comentado que esta Disposición no crea una situación jurídica de legalidad, sino tan sólo una **ficción jurídica de legalidad, puesto que crea un supuesto de excepción de aplicación imposible**, en el sentido de que no puede de ningún modo darse cumplimiento a los requisitos del régimen de excepciones de la Directiva:

Para que pueda entrar en juego el régimen de excepciones es necesario que exista un problema constatado que se hace preciso resolver mediante el levantamiento del régimen de protección establecido en la Directiva. En este caso concreto, estamos hablando de una especie, la Paloma Torcaz, que viene recogida en el Anexo II de la Directiva y que por tanto puede ser cazada en dos momentos: la pasa y la invernada. La única obligación que exige esta Directiva respecto de las especies cinegéticas, es que sean respetados los momentos en que estas especies cinegéticas van a producir una nueva generación.

Como ha señalado el TJCE, el artículo 7,4 de la Directiva, al establecer la prohibición de cazar en los períodos de celo, reproducción y crianza y en los de regreso a los lugares de cría en el caso de las especies migratorias, persigue otorgar un **régimen de completa protección** a las aves cinegéticas, en aquellos momentos en los que son más vulnerables. Así las cosas, **no es posible entender como un problema que requiera del levantamiento del régimen protector, la afición de un reducido colectivo de cazadores a cazar palomas torcaces en sus épocas de migración prenupcial**. Los intereses en conflicto son desproporcionados: interés de un colectivo reducido de cazadores frente al interés comunitario de otorgar una completa protección a especies (patrimonio común) que ya pueden ser cazadas de por sí. El interés comunitario debe ser prevalente en todo caso, sobre todo si tenemos en cuenta que la afición a cazar palomas en sus épocas de migración puede ser plenamente satisfecha mediante su caza en la época de la pasa.

Estas consideraciones llevan a la conclusión de que **sí existe una solución satisfactoria alternativa a la caza en contrapasa**: no cazarlas en este momento, pero sí en la pasa, e incluso durante la invernada.

Por otra parte, **no es posible dar cumplimiento al requisito de que las capturas se realicen en pequeñas cantidades**: la "pequeña cantidad" debe resultar de la suma de las cantidades autorizadas por cada uno de los territorios que autorizan la caza en contrapasa (Navarra, País Vasco, e incluso Francia). Esto es evidente, de la misma manera que las aves migratorias no conocen las fronteras, sus poblaciones también las desconocen. La población de la paloma torcaz es única, siendo este un caso típicamente transfronterizo, lo que implica

que las autoridades navarras, vascas e incluso francesas, deberían estar efectivamente coordinadas, lo cual no se da en la práctica.

Los controles seguirán siendo insuficientes. Es preciso recordar que en el supuesto de excepción contenido en la letra c) del artículo 9,1 de la Directiva la exigencia del control es doble, lo cual no ha sido convenientemente asumido por las autoridades competentes. De hecho, algunas de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia ya acreditaban que los controles no se estaban llevando con todo el rigor que es necesario, sin que pueda predicarse que esta situación haya cambiado.

Existen además otros artículos de la Directiva que resultan vulnerados al aplicar en la práctica esta excepción.

La caza en contrapasa (sumada a la caza en pasa e invernada) está ocasionando el declive de la población de las torcaces transpirenaicas. Existen datos provenientes de los conteos que desde hace más de 10 años vienen realizándose en el paso de Organbidextka, que demuestran el declive de la población de palomas torcaces transpirenaicas en los últimos 10 años, atribuyéndose la causa principal de tal declive a la mortalidad derivada de la caza. Este declive **vulnera** las previsiones de la Directiva de que la caza debe realizarse según los principios de una utilización razonable y permitir el mantenimiento de las especies en un nivel de población acorde con las exigencias ecológicas, científicas, recreativas y culturales. (**artículo 7,4, primera frase en relación con el art. 2**) y abunda en la idea de que efectivamente los cupos que se vienen autorizando no respetan el requisito de las “pequeñas cantidades” (concepto siempre incierto).

La permisión de la caza en contrapasa basada en el régimen de excepciones, **vulnera** también claramente el **artículo 13 de la Directiva**, en el que se establece que la aplicación de las medidas adoptadas en virtud de la Directiva no puede llevar a un deterioro de la situación actual de conservación de las especies. El declive de la población ha sido constatado. La presión de la caza en la pasa y la invernada ya es más que considerable. Evitar el declive, y por tanto, respetar las previsiones de protección de la Directiva, pasa, inevitablemente, por cesar con la caza en contrapasa

Si además tenemos en cuenta que los cazadores vascos se han estado beneficiando de una legislación ilegal, llegamos a la conclusión de que es necesario un cambio en sus hábitos de caza.

En definitiva, la permisión de la caza en contrapasa, vía de excepción, ocasiona un incumplimiento de la Directiva de Aves silvestres en la medida en que está levantando el régimen de completa protección de las aves migradoras sin una justificación adecuada y sin el debido respeto a los requisitos del régimen de excepciones, ocasionando, además, un declive en la población de palomas torcaces transpirenaicas y en consecuencia, un resultado no deseado por la Directiva.

Este problema de aplicación está directamente relacionado, en la actualidad, con los problemas de transposición, en la medida en que está apareciendo como suficientemente legitimada una práctica de caza no acorde con la Directiva, gracias a la ficción - y sólo ficción - jurídica de legalidad que otorga la Disposición Adicional Octava de la Ley 4/89, introducida por la Ley 40/97.

4.4.3. TERCER BLOQUE: LA MEDIA VEDA EN CEUTA.

También en esta Ciudad Autónoma viene siendo habitual practicar la caza en período de migración prenupcial. La especie afectada en la actualidad es la Codorniz, si bien en temporadas anteriores también se permitió la caza de Tórtola Común. Las temporadas de caza efectivamente estudiadas han sido las comprendidas entre los años 1995 y 1998.

En la temporada de 1995, la autoridad en aquel entonces competente en materia de caza (Delegada del Gobierno en Ceuta), autoriza por Resolución de 5 de abril de 1995 la caza de Codorniz y Tórtola del **9 de abril al 21 de mayo**, todos los días y sin establecer cupo de captura. La entidad conservacionista SEO/BirdLife interpuso recurso administrativo ordinario ante el Ministerio de Agricultura y consiguió la suspensión de dicha resolución en fecha 17 de abril.

En la temporada de 1996, la Delegada del Gobierno vuelve a autorizar, mediante Resolución de 17 de mayo de 1996, la caza de ambas especies, pero esta vez del **1 al 30 de junio**, todos los días y sin establecer cupo alguno de capturas. SEO/BirdLife interpone recurso administrativo ante el Ministerio de Medio Ambiente (en aquellos momentos competente en materia de caza en Ceuta) y el Ministerio de Agricultura. De nuevo, esta entidad consigue la suspensión de la Resolución. Los argumentos científicos más determinantes que fueron utilizados en el recurso son los siguientes:

Los ejemplares de **Tórtola Común** presentes en el territorio ceutí en junio son individuos reproductores de la población africana e individuos migrantes de la población europea en ruta hacia sus cuarteles de cría.

Los ejemplares de **Codorniz** presentes en el territorio ceutí en junio son individuos jóvenes, entre los que se encuentran algunos machos y hembras que están de paso hacia sus cuarteles de cría al norte de Europa.

En cuanto a los argumentos jurídicos esgrimidos, fueron, evidentemente, el artículo 7,4 de la Directiva de Aves y el artículo 34,b) de la Ley 4/89, en los cuales se establece la prohibición de cazar aves migratorias en su época de migración prenupcial, así como la prohibición de cazarlas en sus épocas de celo, reproducción y crianza.

En la temporada de 1997 las competencias en materia de caza ya han sido transferidas a la Ciudad Autónoma. En uso de ellas, el Consejero de Medio Ambiente y Fomento de esta ciudad, autoriza, mediante la Resolución de 3 de junio de 1997, la caza de Tórtola y Codorniz del **1 al 30 de junio** sin limitación de días hábiles ni cupos de captura. Contra la resolución sólo cabe recurso judicial en vía contenciosa ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Ante esta situación, SEO/BirdLife, intentando suspender lo antes posible esta resolución, remite carta utilizando los mismos argumentos científicos y jurídicos, solicitando la suspensión tanto al Consejero competente como al Ministerio de Medio Ambiente, el cual contesta que tras la Sentencia 102/95 del Tribunal Constitucional carece de competencias para determinar los períodos hábiles de caza, que dichas competencias han sido asumidas por la Ciudad Autónoma de Ceuta y, en consecuencia, que no puede proceder a la suspensión de la Resolución. El Consejero tampoco suspende la resolución.

En la temporada de 1998: El Consejero de Fomento y Medio Ambiente, por resolución de 28 de mayo de 1998, autoriza tan sólo la caza de **Codorniz del 1 al 30 de junio**, de nuevo sin limitación de días hábiles ni fijación de cupos de captura. En dicha resolución se menciona ya la Ley 40/97, que introdujo en la Ley 4/89 la excepción para cazar en contrapasa. Al igual que en la temporada precedente, SEO/BirdLife remite las cartas oportunas, pero no consigue la suspensión de la Resolución.

Es evidente por tanto, que las autoridades competentes han venido permitiendo la caza en período de migración prenupcial. En las temporadas de 1995, 1996 y 1997 no existía en

nuestra legislación estatal la posibilidad de excepcionar la prohibición de cazar en este periodo, pese a lo cual se permitió.

En cuanto a la temporada de 1998, la resolución que permite la caza en este período parece ampararse en la Disposición Adicional Octava introducida por la Ley 40/97 en la Ley 4/89. En este caso son igualmente aplicables los argumentos esgrimidos en el epígrafe anterior acerca de esta Disposición Adicional: tan sólo crea una ficción jurídica de legalidad, sin que haya ninguna razón que justifique el levantamiento del régimen de protección completa establecido en el artículo 7,4 de la Directiva, ya que el interés comunitario de otorgar esta protección completa debe ser prevalente sobre el interés de un grupo reducido de cazadores. Por otra parte, la Resolución de 28 de mayo de 1998 sigue sin establecer límites en los días hábiles de caza ni cupos de captura, lo cual impide el cumplimiento de que la captura se realice en pequeñas cantidades. Estimaciones bastantes conservadoras realizadas por SEO/BirdLife cifran en 6000 las codornices que han podido ser abatidas en tales fechas. Por último, ha sido acreditado que los controles sobre esta supuesta excepción no son insuficientes sino inexistentes.

En resumen, la Ciudad Autónoma de Ceuta está excepcionando la prohibición de cazar en período de migración prenupcial sin una justificación adecuada y sin el debido respeto a los requisitos del régimen de excepciones. Este problema de aplicación está directamente relacionado con el problema de transposición que existe en la Disposición Adicional Octava. Recordemos además, que la Tórtola y la Codorniz son especies que no se hayan en buen estado de conservación (ver epígrafe 4.2).

4.5 PRÁCTICAS DE CAZA QUE UTILIZAN MÉTODOS PROHIBIDOS: LOS “FILATS EN COLL”, EL “PARANY” Y LA “BARRACA” (artículo 8 y Anexo IV de la Directiva).

Sigue practicándose en algunas regiones española la caza con la utilización de métodos prohibidos expresamente por la Directiva. Estos métodos son fundamentalmente la liga y las redes, pero también los reclamos artificiales (magnetófonos). El RD 1095/89 al realizar en su Anexo III la transposición del Anexo IV de la Directiva comunitaria, procedió a enumerar de manera expresa como métodos prohibidos a los que hemos mencionado, pero también concretó las distintas variantes que podían presentar en España. Así, el Anexo III del RD mencionaba expresamente como métodos prohibidos:

“2. El arbolillo, las varetas, las rametas, las barracas, parany y todo tipo de medios o métodos que impliquen el uso de la liga.

3. Los reclamos de especies protegidas vivas o naturalizadas, y otros reclamos vivos cegados o mutilados, así como **todo tipo de reclamos eléctricos o mecánicos incluidas las grabaciones.**

6. Todo tipo de redes o de artefactos que requieran para su funcionamiento el uso de mallas, como las redes abatibles, las redes-niebla o verticales y las redes-cañón”.

Como ya sabemos fue retirado el carácter básico a este Anexo y al artículo en el que se apoyaba (art.3.1). Ello ha ocasionado que las CCAA no se vean vinculadas por este RD. Además, tampoco puede decirse que goce de una verdadera eficacia en virtud de su supletoriedad, para el caso de que las CCAA no cuenten con el listado de métodos prohibidos (Ver epígrafe 3.2.).

Las CCAA más conflictivas son: Baleares, Cataluña, y Valencia. Por su parte, Andalucía autoriza la liga (arbolillo) para la captura de fringílicos

Baleares: No cuenta con el listado de métodos prohibidos en norma permanente. Sin embargo, sí cuenta con un Decreto en el que se regula la captura mediante el procedimiento conocido como "Filat en coll": **Decreto 27/1992, de 3 de junio, por el que se regula la caza del zorzal por el sistema tradicional de Filats en coll.**

Descripción: La caza con filats en coll es una modalidad utilizada en Baleares para capturar zorzales y tordos mediante redes cuando pasan por los colls o vaguadas en sus movimientos diarios desde los dormideros hasta sus lugares de alimentación. Este método de caza consiste en aprovechar o construir un hueco entre los árboles situados en estas vaguadas, donde subidos a una escalera de altura variable, sitúan los filats o **redes** de colls. Estas redes consisten en una malla, en forma de abanico, unida a unas cañas ligeras de entre 6 y 8 metros de longitud, que el "Filater" sostiene y maneja mientras dura el paso de los zorzales.

Justificación: El Decreto considera que se trata de un procedimiento no masivo y sí selectivo en virtud de las características de su utilización (el "Filat" debe ser sostenido en todo momento por parte del cazador) y en consecuencia permite de manera general su utilización en las Islas Baleares. Es decir, no acude al régimen de excepciones, lo cual es obligado ya que utiliza redes, las cuales están expresamente prohibidas en la Directiva.

El único supuesto de excepción en el cual podría incardinarse sería en el contenido en el artículo 9,1,c) de la Directiva, que encuentra su transposición en el artículo 28,2,f) de la Ley 4/89. Ello implicaría la necesidad de que la captura se realizara en pequeñas cantidades.

Sin embargo esto no ocurre, ya que es habitual encontrar en las Ordenes Anuales de vedas que los cupos máximos de captura se establecen de manera general para tordos (12 por cazador/día) independientemente del método de caza empleado. Es decir, el cupo máximo permitido es el mismo ya se cace con métodos permitidos o con métodos prohibidos como el Filat. Reproducimos a continuación el artículo 1,2 de todas las OV que se han consultado:

"El cupo de capturas de tordos será, independientemente del método empleado, de 12 piezas por cazador y día".

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que las Ordenes de Veda amplían el nº de días hábiles establecidos en esta modalidad de caza respecto de los días hábiles establecidos en general para la caza menor (para la caza de zorzal con filats son los mismos días hábiles que para la caza menor en general más los lunes).

Por último también es habitual encontrar en los artículos de las Ordenes Anuales de Vedas que establecen los métodos prohibidos, la siguiente mención a las redes:

"redes no selectivas en su principio o en sus condiciones de empleo".

En Resumen: la regulación actual de este método de caza ocasiona un incumplimiento de la Directiva de Aves silvestres, ya que no se acude al régimen de excepciones para regular su captura. En cuanto excepción debería acreditarse la inexistencia de otra solución satisfactoria, y debería establecerse la captura en pequeñas cantidades, además de cumplirse de manera estricta los requisitos formales del artículo 9,2 de la Directiva.

Cataluña y Valencia: Como ya sabemos, Cataluña no cuenta con listado de métodos prohibidos en una norma de carácter permanente. Por su parte, Valencia establece el listado

de los métodos prohibidos en el art. 3 de la Orden de 15 de junio de 1988, habiendo sido considerados correctos en relación con los listados en la Directiva.

Sin embargo, en estas regiones viene siendo habitual la captura de zorzales con liga, mediante la utilización de los llamadas "paranys" (Valencia) o "barracas" (Cataluña). Este método de caza consiste en un árbol, con las ramas preparadas de tal manera que entre ellas se colocan cañas horizontales donde se ponen diversas varetas de esparto verticales impregnadas de liga. Los zorzales son atraídos con un reclamo, que en principio eran silbatos de caña (chifles), pero en la actualidad son magnetófonos en los que se insertan, cada vez más, cintas magnetofónicas sin fin. Por otra parte la liga artesanal ha dejado paso a la liga artificial, que puede adquirirse en el mercado. Estas innovaciones en este sistema de caza (magnetófonos con cintas sin fin y liga artificial) no sólo restan "tradicionalidad" a este sistema sino que además permiten que funcione sin interrupción las 24 horas del día.

La zona en la que se practica principalmente este método de caza se encuentra a caballo entre Valencia (norte de Castellón) y Cataluña (Sur de Tarragona). En ambas CCAA existen pronunciamientos de sus Tribunales Superiores de Justicia en los que se ha afirmado que esta práctica es masiva y no selectiva y, por tanto, no ajustada a derecho. Sin embargo, la reacción de las autoridades en cada CCAA ha sido distinta. Veámoslas por separado.

Cataluña: Como ya sabemos la CA de Cataluña no cuenta con listado de métodos prohibidos. La única mención a los mismos se encuentra en la Ley de protección de los animales, que recoge como prohibidos algunos de ellos en su artículo 33 (redes japonesas, trampas tipo cepo y tipo ballesta). La asociación ecologista DEPANA recurrió las Ordenes de veda de los años 88 y 91 ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el cual declaró en las Sentencias correspondientes que se trataba de una práctica no ajustada a derecho. Tras dichas sentencias, y ante la presión ecologista, que llevó a poner una denuncia por "desobediencia al Tribunal" al Consejero competente en la materia, cuando se intentó aprobar de nuevo la autorización de las barracas, la CA ha optado por no autorizar su uso. Así, pues, podemos afirmar que en Cataluña ya no se permite el uso de esta modalidad de caza. No obstante, se sigue practicando, de manera absolutamente ilegal, sin que la CA lleve a cabo controles exhaustivos para erradicar esta práctica.

En consecuencia: se está produciendo en Cataluña un incumplimiento del Derecho comunitario, en la medida en que no se están llevando a cabo todas las medidas legales, reglamentarias y administrativas para que se de cumplimiento a la Directiva de Aves silvestres, al no controlar efectivamente si se está dando en la práctica la utilización de este método prohibido.

Valencia: En esta CA la situación es distinta. La regulación de los "paranys" se encuentra de modo general en la Orden de 15 de junio de 1988, pero no en las Ordenes anuales de vedas. El artículo 4. 4 de la Orden de 1988 permite la captura de zorzales en parany "de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Directiva 79/409", pero sin justificar a qué supuesto concreto de excepción se está recurriendo.

Tal indefinición es una constante en la Comunidad Valenciana. Así parece que en los primeros tiempos se apoyó esta práctica en el artículo 9,1,c) de la Directiva. El "Segundo informe de aplicación de la Directiva 79/409" de la Comisión europea menciona expresamente (pag. 90), que la captura de zorzales con liga se había justificado por las autoridades españolas al amparo del artículo 9, 1, c) de la Directiva (cuando era imposible, ya que este supuesto de excepción no había sido incorporado al derecho español). En otra parte del documento (pag. 123) la Comisión estima que existían problemas con estas excepciones porque no se había comprobado que la liga fuera un método selectivo. Posteriormente, para justificar esta práctica, la Comunidad Valenciana, en el pleito, instado por la Asociación Ecologista Agró, seguido contra la Instrucción que permitía la captura con parany en 1994, argumenta que se ha

autorizado por “razones tradicionales” y, sin concretar ningún supuesto de excepción, declara que “su actuación viene amparada por la legislación nacional y comunitaria, que contemplan autorizaciones excepcionales a tal tipo de caza”. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Valenciana, en su Sentencia nº 1004/94 de 17 de octubre de 1997, no acogió tal argumentación y **declaró expresamente que el “parany” era un método masivo y no selectivo** y además lo siguiente:

“Habida cuenta de que **la Administración demandada no ha acreditado que la Instrucción impugnada haya sido dictada al amparo de alguna de las referidas excepciones, entre las que obviamente no queda incluida la tradición** y a tenor de lo hasta aquí expuesto, procede declarar la contrariedad a Derecho del acto administrativo recurrido y, con estimación del recurso planteado, anularlo”.

Ya en 1998, la Comunidad Valenciana ha declarado ante la Comisión Europea que este medio de captura se ampara no sólo en la tradición, sino también en el supuesto contenido en el apartado 9,1,a) de la Directiva relativo a los “perjuicios a la agricultura”. Acudir a este supuesto de excepción le permite no establecer la captura de zorzales en pequeñas cantidades.

Al mismo tiempo, en su borrador de Ley de Caza de 1998, el parany se contempla como una actividad tradicional, cuya permisión vendría amparada por la mención a la tradición que ha incluido la Ley 40/97 en la Ley 4/89 al incorporar el supuesto de excepción relativo a las pequeñas cantidades (ver epígrafe 3.3.4.1.b).

Estos vaivenes en la justificación de su uso, demuestran que realmente la utilización de los parany no responde a ninguna exigencia precisa ni a ninguna situación específica, sino más bien, permitir aquello que estaría prohibido. El TJCE ha tenido ocasión de declarar en varias ocasiones, respecto al régimen de excepciones contenido en el artículo 9 de la Directiva, que:

“Dicho artículo, aun autorizando una amplia excepción al régimen general de protección, **sólo pretende pues, una aplicación concreta y puntual para responder a exigencias precisas y a situaciones específicas”** (Sentencia de 8 de julio de 1987, as. 247/85; Sentencia de 8 de junio de 1987, as. 262/85 y más recientemente, Sentencia de 7 de marzo de 1996, as. C-118/94)

En definitiva se está dando un incumplimiento del Derecho comunitario en la CA de Valencia por la siguiente razón. No hay ningún problema que resolver y que necesite del levantamiento de las prohibiciones establecidas en la Directiva. Lo cual queda suficientemente acreditado por el hecho de la existencia de vaivenes en la justificación de la utilización del “parany”. La CA Valenciana esta dando lugar a una aplicación fraudulenta del régimen de excepciones, pues tan sólo parece quererse la permisión de una modalidad de caza, claramente masiva y no selectiva, que se considera tradicional en este territorio. En resumen, la CA de Valencia no puede acreditar de manera suficiente la existencia de un problema a resolver ni, por lo tanto, que no exista ninguna otra solución satisfactoria alternativa a la permisión del parany.

Andalucía: Permite la captura de fringílicos con liga, utilizando la modalidad conocida como “arbolillo” (se prepara un puesto de caza aprovechando la existencia de algún arbusto o árbol de pequeño porte, o bien se cortan ramas que servirán para tal fin. Sobre éste árbol se colocan los “canutillos”, que son unos tubitos huecos de caña o de plástico sobre los que se introducen los espartos con liga. Una vez colocados los espartos, se disponen los reclamos próximos al árbol, atrayendo las bandadas en paso hacia el mismo. Los pájaros se posan sobre los espartos enlirados y pierden la capacidad de vuelo. El puesto de caza requiere una situación en lugar despejado de modo que los, pájaros al acudir al reclamo se posen sobre los árboles

preparados). La selectividad de este método depende completamente de la pericia, la liga utilizada (sólo si es natural, a partir del ajonje), el reclamo utilizado y el emplazamiento.

En Andalucía esta modalidad se viene autorizando de manera oscura, mediante Instrucciones y Circulares internas que no gozan de publicidad oficial.

El problema de aplicación referido a la utilización de métodos masivos y no selectivos trae su causa de una incorrecta interpretación de la Directiva comunitaria (en el caso de Baleares), de una ausencia de controles efectivos para una actividad que se considera prohibida (en Cataluña), y de una aplicación fraudulenta del régimen de excepciones, sumada al problema de transposición referido a la tradicionalidad (en Valencia).

4.6 RESUMEN DE LOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN.

Artículo 5 y artículo 7,1. (Captura de especies no incluidas en el Anexo II de la Directiva)

La **captura de fringílicos** es habitual en Andalucía, Aragón, Baleares, Cantabria, Cataluña, Ceuta, Madrid, Murcia, País Vasco y Valencia. Las especies a las que afecta son el Jilguero, el Verdecillo, el Verderón, el Pardillo. Estas especies no están incluidas en el anexo II de la Directiva de Aves. Por tanto, su captura tan sólo puede autorizarse acudiendo al régimen de excepciones de la Directiva y, en concreto, a un único supuesto de los previstos: la captura controlada y selectiva en pequeñas cantidades (art. 9,1,c de la Directiva).

Sin embargo, la captura de fringílicos “en pequeñas cantidades” ha sido y es imposible en España. Fue imposible hasta 1997 porque la Ley 4/89 no había incorporado este supuesto de excepción. Actualmente sigue siendo imposible porque la Ley, al introducirlo, tan sólo permite su aplicación a las **especies cinegéticas**. Además, la selectividad de los métodos empleados es incierta. Para sortear esta imposibilidad, estas comunidades autónomas suelen acudir a otro supuesto de excepción de la Ley 4/89: la **cría en cautividad**. Pero, como ya hemos comentado, la ley presenta defectos de transposición, ya que la Directiva de Aves exige expresamente que la cría en cautividad se oriente a las acciones de investigación, educación, reintroducción o repoblación y la Ley no lo exige expresamente. Esto determina que las CCAA deben aplicar directamente la Directiva, so pena de vulnerar el Derecho comunitario.

Por otra parte, la normativa permanente de estas CCAA suele amparar estas prácticas, incumpliendo la Directiva.

Artículo 7,4, primera frase. La caza debe respetar los principios de una utilización razonable y no ocasionar el declive de las poblaciones.

Se está dando en la práctica en España la caza de especies que se encuentran en mal estado de conservación.

Presentan un acusado declive y un peor estado de conservación: la Perdiz Pardilla española (*Perdix perdix hispaniensis*), la Tórtola Común (*Streptopelia turtur*) y La Paloma Zurita (*Columba oenas*).

Presentan un declive de la población: el Anade Friso (*Anas strepera*), la Cerceta Carretona (*Anas querquedula*), el Ánade Rabudo (*Anas acuta*), la Agachadiza Chica (*Lymnocyptes minimus*), la Chocha Perdiz o Becada (*Scolopax Rusticola*), el Pato Colorado (*Netta rufina*) y la Codorniz (*Coturnix coturnix*).

SEO/BirdLife ha intentado que las Administraciones apliquen la normativa española que permitiría una recuperación de tales especies, solicitando:

Respecto del primer grupo de especies: su inclusión en los Catálogos Nacional y regionales

Respecto del segundo grupo: una moratoria en su captura de al menos dos temporadas de cría

Sin embargo las Administraciones españolas (estatal y autonómicas) no han puesto en marcha tales medidas. De hecho, en las últimas temporadas hábiles de caza las CCAA han permitido la captura de tales especies.

Así pues, se viene dando un incumplimiento del artículo 7,4, primera frase, de la Directiva de Aves silvestres al no utilizarse los mecanismos establecidos en la legislación española para procurar que la caza respete los principios de una utilización racional y mantenga las poblaciones en el estado que le corresponde desde el punto de vista ecológico, cultural y científico.

Artículo 7,4: Prohibición de cazar en período de celo

La caza de perdiz con reclamo macho es habitual en las CCAA de Aragón, Baleares, Castilla-La Mancha, Extremadura, Murcia y Valencia. En estas CCAA se permite esta práctica de caza basándose en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 4/89, que "legitima" esta práctica sin acudir al régimen de excepciones.

Artículo 7,4, Prohibición de cazar en periodo de regreso a los lugares de cría en el caso de las especies migratorias:

En España diversas CCAA están permitiendo la caza de especies migratorias en período de migración prenupcial. Un primer bloque de CCAA (Andalucía, Baleares, Cataluña y Extremadura) la permiten sin acudir al régimen de excepciones, mediante el establecimiento de períodos de veda que se adentran en los meses de febrero e incluso marzo, escalonando además las fechas de veda en función de las diferentes especies. Otro bloque de CCAA (País Vasco y Navarra) la permiten acudiendo al régimen de excepciones, esto es, a la excepción contemplada en la Disposición Adicional Octava de la Ley 4/89. Por último, la Ciudad Autónoma de Ceuta viene permitiendo la caza de codorniz en la Media veda.

Primer bloque de CCAA: Extensión de los periodos hábiles de caza a febrero e incluso marzo y establecimiento de vedas escalonadas.

En las tres últimas temporadas de caza, las CCAA de Andalucía, Cantabria, Cataluña y Extremadura están permitiendo la caza de determinadas especies en período de migración prenupcial, al fijar las fechas de la veda de manera no acorde con la jurisprudencia del TJCE.

Así, están fijando la fecha de la veda en función del momento en que la migración alcanza su nivel máximo, y están estableciendo fechas de veda escalonadas según las distintas especies. Cosas ambas expresamente declaradas como no válidas por el TJCE.

CCAA

Especie

Fecha de comienzo de la veda

Fecha de inicio de la migración.

Andalucía (A) y Extremadura (E)

Andalucía (A) y Extremadura (E)

Paloma Torcaz

(A) 15 febrero

(E) 28 febrero

antes de finales de enero (paso central antes de la segunda quincena de febrero)

Zorzal Real

(A) 15 febrero

(E) 28 febrero

antes de finales de enero (paso central durante todo el mes de febrero)

Zorzal Alirrojo

(A) 15 febrero

(E) 28 febrero

antes de finales de enero (paso central durante todo el mes de febrero)

Zorzal Común

(A) 15 febrero

(E) 28 febrero

antes de principios de febrero (paso central antes de mediados de febrero)

Zorzal Charlo

(A) 15 febrero

(E) 28 febrero

antes de principios de febrero (paso central antes de finales de enero)

Cantabria

Becadas,

21 de febrero

mediados de enero (paso central a mediados de febrero)

Paloma Torcaz

21 de febrero

fin de enero (paso central segunda quincena febrero)

Aves acuáticas

21 de febrero

Desde principios de febrero

Cataluña

Paloma Torcaz

7 febrero

Fin de enero (paso central a partir de la 2ª semana de febrero)

Becada

7 febrero

Mediados de enero (paso central a mediados de febrero)

Zorzales

7 febrero

Desde finales de enero. Paso central en febrero.

Acuáticas en Delta del Ebro

7 de marzo

Desde principios de febrero

Segundo bloque. Caza en contrapasa acudiendo al régimen de excepciones.

En la actualidad son dos las CCAA que están acudiendo a la reciente Disposición Adicional Octava de la Ley 4/89 (introducida por la Ley 40/97) para permitir la caza de Paloma Torcaz en los meses de febrero y marzo: País Vasco y Navarra.

Antes de la introducción de esta nueva Disposición Adicional, la legislación básica estatal no permitía establecer excepciones a la prohibición de cazar especies migratorias en periodo de migración prenupcial. A pesar de ello, las Diputaciones Forales del País Vasco permitieron la caza en contrapasa acudiendo directamente a la Directiva, pasando por encima de la legislación estatal española, que establecía un régimen de mayor protección. Así pues, los cazadores vascos han estado beneficiándose hasta 1997 de una legislación manifiestamente ilegal (así fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en diversas sentencias, así como por la Audiencia Provincial al condenar por prevaricación a un

responsable de la emisión de las Ordenes que permitían esta caza en Guipúzcoa). Por el contrario, Navarra ha esperado a la modificación de la Ley 4/89 para autorizar la caza en Contrapasa (de hecho, contaba con una Ley de 1992 que prohibía expresamente esta práctica).

La Disposición Adicional Octava, como ya hemos comentado en los problemas de transposición, vulnera la Directiva comunitaria, pues es ya de principio inaplicable, al no existir ningún problema que resolver y que implique la entrada en juego del régimen de excepciones y la retirada del “régimen de completa protección” (en palabras del TJCE) establecido en el artículo 7,4 de la Directiva. Crea, pues, una ficción jurídica de legalidad.

Pero es que además, sin excluir las afirmaciones precedentes, y en el hipotético caso (tan sólo hipotético) de que existiera efectivamente un problema, entrarían en juego **el resto de requisitos del artículo 9, cuyo cumplimiento sigue siendo igualmente imposible:**

1º Existe otra solución satisfactoria alternativa a la caza en contrapasa: cazar las especies migratorias en otros momentos del año: la pasa y la invernada.

2º No se cumple el requisito de que las capturas se realicen en pequeñas cantidades: la “pequeña cantidad” debe resultar de la suma de las cantidades autorizadas por cada uno de los territorios que autorizan la caza en contrapasa (Navarra, País Vasco, e incluso Francia). Esto es evidente, de la misma manera que las aves migratorias no conocen las fronteras, sus poblaciones también las desconocen. La población de la paloma torcaz es única, siendo este un caso típicamente transfronterizo, lo que implica que las autoridades navarras, vascas e incluso francesas, deberían estar efectivamente coordinadas, lo cual no se da en la práctica.

3º. Los controles siguen siendo insuficientes.

A estas consideraciones hay que añadir que **la caza en contrapasa (sumada a la caza en pasa e invernada) está ocasionando el declive de la población de las torcaces transpirenaicas**, como demuestran los conteos realizados en el paso de Organbidetxca. Este declive **vulnera** las previsiones de la Directiva de que la caza debe realizarse según los principios de una utilización razonable (**artículo 7,4, primera frase**) y abunda en la idea de que efectivamente los cupos que se vienen autorizando no respetan el requisito de las “pequeñas cantidades” (concepto siempre incierto). La presión de la caza en la pasa y la invernada ya es más que considerable. Evitar el declive, y por tanto, respetar las previsiones de protección de la Directiva, pasa, inevitablemente, por cesar con la caza en contrapasa. La permisión de la caza en contrapasa basada en el régimen de excepciones, **vulnera** también claramente el **artículo 13 de la Directiva**, en el que se establece que la aplicación de las medidas adoptadas en virtud de la Directiva no puede llevar a un deterioro de la situación actual de conservación de las especies. Como se ve, la aplicación del régimen de excepciones en este supuesto concreto está generando un resultado no deseado por la Directiva: declive de la población.

Tercer bloque: Media Veda en Ceuta.

También la Ciudad Autónoma de Ceuta permite la caza en período de migración prenupcial. La especie afectada en la actualidad es la Codorniz, pero en temporadas anteriores también se permitió la caza de Tórtola Común.

Temporadas 1995 a 1997: A pesar de no existir aún la Disposición Adicional Octava en la Ley 4/89, las autoridades competentes autorizaron la caza de ambas especies, sin establecer cupos de captura ni limitación de días hábiles, en período de migración prenupcial: del 9 de abril al 21 de mayo en la temporada de 1995; del 1 al 30 de junio en las siguientes. SEO/BirdLife interpuso los recursos correspondientes y consiguió la paralización de las Ordenes que permitían su captura, salvo en la temporada de 1997. En esta temporada las competencias en materia de caza ya estaban transferidas a la Ciudad Autónoma, razón por la

cual el Ministerio de Medio Ambiente argumentó, basándose en la Sentencia 102/95 que no podía suspender la Orden ni hacer nada al respecto.

Temporada 1998: El Consejero competente permite la captura de Codorniz del 1 al 30 de junio, sin limitación de días hábiles ni cupos de captura. En la Resolución ya se menciona la Ley 40/97 que introdujo la excepción de cazar en contrapasa. A pesar de solicitarlo expresamente, SEO/BirdLife no consigue la suspensión.

A esta práctica de caza son igualmente aplicables los argumentos esgrimidos en el epígrafe anterior acerca de la caza en contrapasa.

Artículo 8 de la Directiva y Anexo IV (prohibición de cazar con métodos masivos y no selectivos).

En España sigue practicándose en algunas regiones la caza con liga y redes. Las CCAA más conflictivas son Baleares, Cataluña, Valencia y Andalucía. La situación en estas cuatro CCAA es diferente.

Baleares: La CA de las Islas Baleares viene permitiendo en sus Ordenes anuales de veda las capturas de tordos con "Fillats en Coll" (redes en vaguadas), amparándose en el Decreto 27/1992, que considera que las características de su manejo las convierten en selectivas y no masivas. En consecuencia, el cupo de capturas para los **tordos** con fillats es el mismo que para su captura con otros medios no prohibidos por la Directiva. Además, las Ordenes de Veda amplían el nº de días hábiles establecidos en esta modalidad de caza respecto de los días hábiles establecidos en general para la caza menor (para la caza de zorzal con fillats son los mismos días hábiles que para la caza menor en general más los lunes). También es habitual encontrar en los artículos de las Ordenes Anuales de Vedas que establecen los métodos prohibidos, la siguiente mención a las redes: "redes no selectivas en su principio o en sus condiciones de empleo".

Cataluña: Permitió en temporadas anteriores la caza con Barracas. Actualmente no emite ya autorizaciones, desde que una asociación ecologista interpuso una denuncia contra el Consejero competente cuando intentó autorizar las barracas tras haberse declarado su ilegalidad por parte del TSJ de Cataluña. Sin embargo, permite en la práctica su uso, ya que no vigila ni controla de manera adecuada. En consecuencia: se está produciendo en Cataluña un incumplimiento del Derecho comunitario, en la medida en que no se están llevando a cabo todas las medidas legales, reglamentarias y administrativas para que se de cumplimiento a la Directiva de Aves silvestres.

Valencia: Permite la captura de zorzales con liga (parany) aplicando el régimen de excepciones, de manera fraudulenta. El fraude reside en que no hay ningún problema que resolver y que precise del levantamiento de las prohibiciones de la Directiva. Esto se demuestra observando los vaivenes en la justificación del uso del Parany que ha esgrimido la Comunidad Valenciana: unas veces se han amparado en el artículo 9,1,c de la Directiva (Segundo Informe de aplicación de la Directiva 79/409 de la Comisión, 1993), otras en el artículo 9,1,a "daños a la agricultura", otras aludiendo a la tradición sin más. Así, pues, la CA Valenciana esta dando lugar a una aplicación fraudulenta del régimen de excepciones, pues se fuerzan los supuestos de excepción para permitir una modalidad de caza, claramente masiva y no selectiva, que se considera tradicional en este territorio.

Andalucía: Permite la captura de fringílicos con liga, utilizando la modalidad conocida como "arbolillo" (se prepara un puesto de caza aprovechando la existencia de algún arbusto o árbol de pequeño porte, o bien se cortan ramas que servirán para tal fin. Sobre éste árbol se colocan

los “canutillos”, que son unos tubitos huecos de caña o de plástico sobre los que se introducen los espartos con liga. Una vez colocados los espartos, se disponen los reclamos próximos al árbol, atrayendo las bandadas en paso hacia el mismo. Los pájaros se posan sobre los espartos enlirados y pierden la capacidad de vuelo. El puesto de caza requiere una situación en lugar despejado de modo que los pájaros al acudir al reclamo se posen sobre los árboles preparados). La selectividad de este método depende completamente de la pericia, la liga utilizada (sólo si es natural, a partir del ajonje), el reclamo utilizado y el emplazamiento.

En Andalucía esta modalidad se viene autorizando de manera oscura, mediante Instrucciones y Circulares internas que no gozan de publicidad oficial.

En general, podemos afirmar que la mayoría de los problemas de aplicación están estrechamente ligados a los problemas de transposición. Así, la captura de fringílicos, la captura de perdiz con reclamo macho, la caza en período de migración prenupcial de determinadas aves migratorias o la utilización del método de caza de los “Filats en Coll” en las Islas Baleares.

El caso del “parany” en Valencia es más bien un caso de aplicación fraudulenta del régimen de excepciones de la Directiva, mientras que el uso de las “Barracas” en Cataluña sería un claro caso de caza ilegal. Por último, la permisón de la caza de especies que no se hayan en buen estado de conservación sería más bien un caso de inaplicación, por parte de las autoridades competentes, de las medidas previstas en la legislación para garantizar la conservación de las especies cinegéticas (catalogación y moratorias de caza).

5

. CONCLUSIONES.

Son dos las principales conclusiones que pueden extraerse del presente Informe:

La legislación española (estatal y autonómica) ha realizado una *Transposición incorrecta y parcial* de la Directiva 79/409/CEE, relativa a la conservación de las aves silvestres.

Existen Comunidades Autónomas que están *aplicando incorrectamente* la Directiva, ya que permiten prácticas de caza no acordes con la misma.

En el cuadro nº 6 se mencionan de manera somera los principales problemas de transposición y aplicación que han sido detectados en este informe y que generan un incumplimiento del Derecho comunitario, para cada una de las Comunidades Autónomas y el Estado.

Evidentemente, se hace precisa una modificación legislativa de los preceptos que infringen la normativa comunitaria. Pero también es necesario tener en cuenta otras cuestiones. La solución a los problemas de transposición y aplicación pasa, en primer lugar, por una **correcta comprensión de la interrelación existente entre el ordenamiento comunitario, estatal y autonómico**, que ha sido descrita en el epígrafe 1.4 y cuyas consecuencias, al menos en lo que al régimen de excepciones se refiere, han sido apuntadas en el epígrafe 3.3.5 c).

Desde esta perspectiva, la Directiva de Aves silvestres siempre estará en una posición superior y debe ser tomada siempre y en todo caso como punto de referencia tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas a la hora de utilizar su potestad normativa y de realizar actos normativos de transposición o de aplicación. Esto implica que las Comunidades Autónomas deben tener muy en cuenta que no sólo se hayan obligadas por la legislación básica del Estado, sino también por la Directiva comunitaria. Así, deberán respetar la legislación básica del Estado cuando está instaura en España el mismo nivel o un mayor nivel de protección que la Directiva, pero no cuando lo rebaja. En este último caso, las Comunidades Autónomas deberán ejercitar su potestad de establecer normas adicionales de protección para alcanzar el mínimo comunitario, ya que también están directamente vinculadas por la Directiva.

Esta vinculación directa que tienen las Comunidades Autónomas con la Directiva de Aves se manifiesta de manera aún más patente en los casos en los que ellas deben realizar la transposición directamente. Como ya sabemos, la Sentencia del Tribunal Constitucional vino a variar de manera sustancial el panorama de transposición de la Directiva, ya que a partir de ella es competencia de las Comunidades Autónomas completar la transposición de los artículos 7,1 y 8 (Anexo IV), mediante el establecimiento de los listados de especies cinegéticas y de métodos prohibidos.

Las Comunidades Autónomas deben comprender que es absolutamente imprescindible que la normativa de transposición sea estable y permanente. Es decir, que se encuentre recogida en normas generales y permanentes que aseguren que los órganos encargados de aplicar la Directiva van a hacerlo correctamente. Esto impide que las Ordenes de Veda, que suelen recoger tales listados, puedan ser consideradas como normas de transposición, debido a su vigencia meramente anual. La idea fundamental es que las Ordenes de veda son *instrumentos de aplicación* de la Directiva.

Su carácter de normas de aplicación, genera de manera inmediata un incumplimiento de la Directiva de Aves silvestres en aquellas Comunidades Autónomas que carecen de los listados mencionados en normas estables. Dicho incumplimiento podría solventarse mediante la real y efectiva aplicación supletoria del Real Decreto 1095/89, en tanto que estas Comunidades Autónomas no dictan una normativa adecuada de transposición. Sin embargo, no ha sido esta la perspectiva imperante. Las Comunidades Autónomas y los Tribunales vienen siendo reacios a darle primacía al Real Decreto 1094/89 sobre las Ordenes de Vedas. Esto es así porque suelen aplicar de manera estricta el orden constitucional de competencias en materia de caza y protección de la fauna, tal y como quedó aclarado por la Sentencia 102/95 del Tribunal Constitucional, sin tener en cuenta las necesidades de seguridad jurídica de la transposición de la Directiva.

La óptica descrita debe variar, so pena de seguir vulnerando el Derecho comunitario. Las Comunidades Autónomas que no cuentan con los listados de especies cinegéticas y de métodos prohibidos en normativa estable y permanente, deben proceder a emitirla cuanto antes. Mientras tanto, sus órdenes de veda deben respetar estrictamente lo establecido en el Real Decreto 1095/89 en lo que se refiere a estos listados.

Asimismo, es **absolutamente necesario el establecimiento de criterios interpretativos y normativos estables, que tengan en cuenta la interrelación descrita entre los tres ordenamientos en juego, y que incorporen también el factor tiempo, la cronología normativa.**

Una vez que ha sido “transpuesto” los interpretadores y aplicadores del derecho parecen olvidarse de la Directiva comunitaria, y suelen aplicar directamente la normativa de transposición, ya sea estatal o autonómica, sin tener en cuenta si la incorporación ha sido correcta o incorrecta. Incluso en el caso de que decidan tener en cuenta la Directiva

comunitaria, suelen realizar interpretaciones amalgamadas y poco ajustadas a la interrelación descrita, y que obvian si la normativa de transposición ha establecido medidas de protección más rigurosa que las contempladas en la Directiva.

El caso más evidente es el de la Comunidad Autónoma de Andalucía a la hora de permitir la captura de fringílicos. Según rezan las Resoluciones que año tras año emite el órgano competente en esta materia, la Ley 4/89 ampararía la captura de estas especies en estos dos supuestos: para prevenir perjuicios importantes a los cultivos y para la cría en cautividad. Por su parte, la Directiva 79/409 ampararía su captura en estos dos supuestos: para fines de investigación o enseñanza, repoblaciones, reintroducción así como la crianza orientada a dichas acciones y para permitir, en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo, la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies en pequeñas cantidades. Parece entenderse en esta Comunidad Autónoma, que existen cuatro supuestos de excepción diferentes que le habilitan a autorizar la captura de aves fringílicas, lo cual es del todo incierto. Si bien estas Resoluciones no suelen finalmente explicitar en base a qué supuesto de excepción autorizan la capturas de estas especies, parece que optan por el recogido en la normativa comunitaria que se refiere a las pequeñas cantidades. Esto es igualmente incorrecto porque la legislación básica española no había transpuesto en un principio este supuesto de excepción, y una vez que lo ha hecho (Ley 40/97), lo ha referido tan sólo a las especies cinegéticas. Como puede verse, a la hora de autorizar la captura de fringílicos en esta comunidad autónoma, no se han tenido en cuenta las implicaciones que tiene la interrelación que existe entre la normativa comunitaria y la estatal, descritas en el epígrafe 4.1.

Igualmente importante es incorporar el factor tiempo, la cronología normativa, a la hora de establecer esos criterios interpretativos estables. Por ejemplo, la legislación básica estatal ha rebajado el nivel de protección inicial que había dado a las especies cinegéticas migratorias, al establecer, a partir de la Ley 40/97 (Disposición Adicional Octava), que pueden establecerse excepciones a la prohibición de cazarlas durante su período de migración prenupcial. Desde un punto de vista temporal, desde 1989 a 1997 la legislación básica no permitía excepciones a la mencionada prohibición. En dicho lapso de tiempo algunas Comunidades Autónomas han emitido leyes de caza y de conservación de especies que no contienen esta excepción. La emisión de la Ley 40/97 ha transformado inmediatamente a esa normativa autonómica, ya existente, en una normativa más estricta que la estatal, en una normativa que contiene normas adicionales de protección de la fauna. Para dejar de ser más estricta, y ajustarse al nivel estatal, esta normativa autonómica tendría que ser modificada para incorporar de manera expresa la excepción mencionada. Por el momento, la única Comunidad Autónoma que ha hecho tal cosa ha sido Navarra.

Desde el punto de vista de la conservación de las especies, **es un serio inconveniente que sobre la fauna como “objeto jurídico” recaigan, en virtud del reparto de competencias de la Constitución Española, dos títulos competenciales distintos: la protección del medio ambiente (en este caso de la fauna) y la caza. Tal dualidad ha generado una situación normativa en las Comunidades Autónomas que de ningún modo puede considerarse como satisfactoria.** El cuadro nº 4 de este Informe permite ver que tan sólo 7 Comunidades Autónomas cuentan con normativa general en ambas materias, 5 cuentan tan sólo con normativa de caza, 3 tan sólo con normativa en protección de especies y 2 con ninguna normativa general en las materias mencionadas. Si bien el propio Tribunal Constitucional declaró que se trataba de títulos competenciales que no tienen nada que ver, la propia lógica de la realidad y de la conservación de la avifauna determina que las Comunidades Autónomas deben tender a contar en sus ordenamientos con normas en las que se regulen con el debido detalle las dos materias señaladas: protección de la fauna y caza. Incluso deberían seguir el criterio de aunar en un mismo texto legal tanto la protección de las especies como la caza,

como han hecho Navarra o Murcia, o esta haciendo Andalucía en la actualidad. Del mismo modo, debería tenderse a regularlas en textos normativos del más alto rango, es decir, mediante Leyes parlamentarias, en aras de conseguir ese plus de garantía formal del que se ha hablado en el epígrafe 2.3.2.

Siguiendo con la cuestión de las competencias, es preciso señalar que **las Comunidades Autónomas parecen vivir la atribución de competencias como una situación de poder, pero no como una situación de responsabilidad**. Esta responsabilidad, en el caso de la conservación y de la gestión de la avifauna, es especialmente delicada, ya que la avifauna es “patrimonio común europeo” cuya gestión se encomienda a cada uno de los Estados miembros. Por ello, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no ha dudado en otorgarle una especial importancia a la exactitud en la transposición de la Directiva de Aves silvestres. Por ello, la responsabilidad es mayor.

El ejemplo más claro de la vivencia de las competencias como situación de poder y no de responsabilidad es el del establecimiento de los periodos de veda. Tras la sentencia 102/95 del Tribunal Constitucional, las Comunidades Autónomas son libres para establecer los períodos hábiles de caza, sin tener que respetar las fechas fijadas en el Real Decreto estatal 1095/89, que las CCAA veían como una imposición estatal que coartaba sus competencias. Clarificadas las mismas con la sentencia del constitucional, algunas CCAA parecen haberse sentido legitimadas a seguir con la práctica de extender los periodos hábiles de caza a los meses de febrero y marzo y de establecer vedas escalonadas, en vez de establecer la fecha de la veda en el momento en que inicie su migración la primera de las especies migratorias, tal y como exige el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Juegan, en principio, a su favor las variaciones en el inicio de la migración de las diferentes especies. Sin embargo, el hecho de que no se pueda establecer con precisión las fechas de paso migratorio de las distintas especies no puede ir en detrimento de la avifauna. El pronunciamiento del TJCE es muy claro al respecto: *la prueba de que el escalonamiento de las fechas de veda según las distintas especies no es perjudicial corre a cargo de los Estados, en nuestro caso de las CCAA*. Dicha prueba debe estar fundada en datos científicos. Si las Comunidades Autónomas no tienen evidencias científicas de la ausencia de perjuicios, deberían prescindir de los escalonamientos. Desde este punto de vista, la competencia para establecer las fechas de veda no es tan sólo un poder que tienen las Comunidades Autónomas, que pueden llevar a cabo sin trabas “estatales”, sino también una responsabilidad, y sería, pues tienen en sus manos la gestión del patrimonio común europeo.

Al otro lado de la barrera de este “juego” de competencias, **el Estado parece vivir la retirada de las competencias en materia de caza como una retirada de su responsabilidad, olvidando que él es el responsable ante las Comunidades Europeas del cumplimiento de la Directiva de Aves en España**.

Así, tras la Sentencia 102/95 del Tribunal Constitucional, en la que se aclaró que el Estado no tenía la competencia para establecer qué se puede cazar, cómo y cuando, el Estado parece haberse inhibido en su tarea de controlar si la actividad de las Comunidades Autónomas es acorde con la Directiva comunitaria. Sin embargo, el hecho de que ahora carezcan de carácter básico los listados de especies cinegéticas y de métodos prohibidos por masivos y no selectivos, así como las limitaciones en los períodos hábiles de caza que recogía el Real Decreto 1095/89, que tales cosas sean competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, no exonera al Estado de procurar que la actuación de las Comunidades Autónomas esté de acuerdo con la Directiva de Aves silvestres. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido también muy claro al respecto: *un Estado no puede ampararse en situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento del Derecho comunitario*.

De hecho, el Estado cuenta con mecanismos de persuasión y control sobre la actividad de las Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, la Administración estatal puede intentar coordinar y consensuar criterios con las Comunidades Autónomas a través de las Conferencias Sectoriales y puede acudir a la jurisdicción contencioso – administrativa para controlar la adecuación con la Directiva de las normas autonómicas que no tienen rango de ley. El Parlamento estatal puede dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aún en el caso de materias atribuidas a las competencias de éstas, cuando así lo exija el interés general (Art. 150,3 de la Constitución Española). El Gobierno estatal, con el consentimiento del Senado, puede adoptar las medidas necesarias para obligar a las Comunidades Autónomas al cumplimiento forzoso de sus obligaciones y dar instrucciones a las autoridades autonómicas para la ejecución de tales medidas (Artículo 155 de la CE).

Esta idea de la responsabilidad en la gestión del patrimonio común debería calar muy hondo en las Administraciones implicadas y debería conllevar un respeto estricto de la legislación protectora de la fauna y un cambio de actitudes. El Segundo Informe de aplicación de la Directiva de Aves Silvestres, elaborado por la Comisión Europea, hablaba de caza ilegal y de costumbres fuertemente arraigadas en las poblaciones locales. Sin embargo, las administraciones y los parlamentos autonómicos también están muy ligados a tales costumbres. Es preciso tener una clara idea de lo que es “ilegal” desde el punto de vista de la Directiva, abandonar el criterio de aprovechar los resquicios legales para autorizar prácticas que no son acordes con la misma y sustituirlo por la convicción de que hay prácticas que no pueden ser autorizadas en ningún caso. Desde este punto de vista, posturas excesivamente tolerantes como la de la administración andaluza con la captura de fringílicos o de la administración valenciana con el Parany (que aplica fraudulentamente el régimen de excepciones), deben cambiar radicalmente.

De igual modo, las Administraciones y los Parlamentos autonómicos deben ser permeables a otra serie de ideas que mejorarían en gran medida el cumplimiento de la Directiva de Aves silvestres.

Así, las CCAA deberían abstenerse de conceder autorizaciones excepcionales si no pueden controlarlas como es debido. Es preciso tener en cuenta, además, que en el caso de las excepciones basadas en el artículo 9,1,c) de la Directiva el control debe ser aún más estricto (ver epígrafe 1.2.1.2. en lo relativo al régimen de excepciones).

La idea de que los métodos de caza listados expresamente en el Anexo IV de la Directiva son ya masivos y no selectivos de por sí debería, también, calar muy hondo. Asimismo, la idea de que únicamente es posible autorizarlos por vía de excepción y tan sólo para actividades que redunden en beneficio de la avifauna (artículo 9,1,b) de la Directiva) o para proteger otros intereses públicos de primordial importancia (artículo 9,1, a) de la Directiva), pues la específica mención a la selectividad que realiza el artículo 9,1,c) de la Directiva excluye su aplicación. Así pues, actitudes como las de Castilla y León y Baleares (que consideran que la masividad y no selectividad de un método depende de las características de su uso) carecen de fundamento y deben ser cambiadas. Desde otro punto de vista, no es posible permitir la captura de aves por la vía del supuesto de excepción recogido en el artículo 9,1,c) de la Directiva, si la captura implica la utilización de cualquiera de los métodos listados en el Anexo IV, como están haciendo las Comunidades que permiten la captura de fringílicos, porque este artículo condiciona la excepción a la selectividad de los métodos.

Asimismo, sería muy positivo que todas las Comunidades Autónomas recogieran en su normativa de caza la diferencia entre especies cinegéticas y especies cazables. Las primeras deberían estar recogidas en normas permanentes (Leyes o Decretos) y serían las que constituyen el listado de especies cinegéticas que viene a completar la transposición del

artículo 7,1 de la Directiva. Las cazables serían aquellas de entre las cinegéticas que debido a su situación pueden ser cazadas en cada temporada determinada y que vendrían recogidas en las Ordenes Anuales de Veda. Con esta estructura es más fácil aplicar las moratorias temporales, en caso de ser precisas, y dar cumplimiento a la primera frase del artículo 7,4 de la Directiva.

En general, podemos concluir afirmando que es preciso abordar una modificación legislativa, para solventar los problemas de transposición actuales, y un radical cambio de actitudes por parte de legisladores y administradores, para que cesen los problemas de aplicación descritos.

Cuadro nº 6

Estado/CCAA

PROBLEMAS DE TRANSPOSICIÓN

PROBLEMAS DE

APLICACIÓN

Estado

-No garantiza que la caza no se practique sobre las especies ausentes del Anexo II de la Directiva

-Caza de Perdiz en periodo de celo con reclamo macho sin acudir a régimen de excepciones.

-Caza en contrapasa: excepción imposible.

· Defectos en régimen de excepciones

-No Cataloga especies en declive.

Andalucía

§ Caza de Perdiz en periodo de celo con reclamo macho sin acudir a régimen de excepciones.

§ Defectos en el listado de métodos prohibidos

§ Defectos en régimen de excepciones

§ Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).

§ Contrapasa.

§ Perdiz con reclamo macho.

§ Captura de fringílicos con liga (arbolillo).

Asturias

No garantiza que la caza no se practique sobre las especies ausentes del Anexo II de la Directiva

- Defectos en el listado de métodos prohibidos.
- Defectos en régimen de excepciones
- Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).

Aragón

No garantiza que la caza no se practique sobre las especies ausentes del Anexo II de la Directiva

No tiene listado de especies cinegéticas

§ Caza de Perdiz en periodo de celo con reclamo macho sin acudir a régimen de excepciones.

§ Defectos en el listado de métodos prohibidos.

§ Defectos en régimen de excepciones

Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).

Captura de fringílicos

Perdiz con reclamo macho.

Baleares

- No tiene listado de especies cinegéticas
- No tiene listado de métodos prohibidos.
- Permite los Filats en coll (redes en vaguadas) sin acudir al régimen de excepciones.
- Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).
- Perdiz con reclamo macho.
- Filats en coll.

Captura de fringílicos

Canarias

§ Defectos en el listado de métodos prohibidos.

Defectos en régimen de excepciones

§ Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).

Cantabria

- No tiene listado de especies cinegéticas
- No tiene listado de métodos prohibidos
- Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).
- Contrapasa

Captura de fringílicos

Ceuta

No tiene listado de especies cinegéticas

No tiene listado de métodos prohibidos

§ Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).

Contrapasa

Captura de fringílicos

Castilla - La Mancha

No tiene listado de especies cinegéticas

- Caza de Perdiz en periodo de celo con reclamo macho sin acudir a régimen de excepciones.
- Defectos en el listado de métodos prohibidos
- Defectos en régimen de excepciones
- Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).
- Perdiz con reclamo macho.

(...continuación.)

CCAA

PROBLEMAS DE TRANSPOSICIÓN

PROBLEMAS DE

APLICACIÓN

Castilla - León

§ Defectos en el listado de métodos prohibidos

§ Defectos en régimen de excepciones

§ Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).

Cataluña

· No tiene listado de especies cinegéticas

· No tiene listado de métodos prohibidos.

· Permite la liga para fringílicos

· Defectos en régimen de excepciones

· Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).

· Contrapasa.

-Zorzales con liga (Barracas).

Captura de fringílicos

Extremadura

§ No tiene listado de especies cinegéticas

§ No garantiza que la caza no se practique sobre las especies ausentes del Anexo II de la Directiva

§ Caza de Perdiz en periodo de celo con reclamo macho sin acudir a régimen de excepciones

§ Defectos en el listado de métodos prohibidos

§ Defectos en régimen de excepciones

§ Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).

§ Contrapasa

§ Perdiz con reclamo macho.

Galicia

-No tiene listado de especies cinegéticas

-No tiene listado de métodos prohibidos

-Defectos en régimen de excepciones

· Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).

La Rioja

§ No tiene listado de especies cinegéticas

§ Defectos en régimen de excepciones

§ Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).

Madrid

-No tiene listado de especies cinegéticas

· No garantiza que la caza no se practique sobre las especies ausentes del Anexo II de la Directiva

· No tiene listado de métodos prohibidos

-Defectos en régimen de excepciones

-Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).

Captura de fringílicos

Murcia

§ No garantiza que la caza no se practique sobre las especies ausentes del Anexo II de la Directiva

§ Caza de Perdiz en periodo de celo con reclamo macho sin acudir a régimen de excepciones

§ Defectos en el listado de métodos prohibidos

§ Defectos en régimen de excepciones

Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).

Perdiz con reclamo macho

Captura de fringílicos

Navarra

- No tiene listado de especies cinegéticas
- No garantiza que la caza no se practique sobre las especies ausentes del Anexo II de la Directiva
- Defectos en el listado de métodos prohibidos
- Defectos en régimen de excepciones
- Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).
- Contrapasa

País Vasco

- § No tiene listado de especies cinegéticas.
 - § No garantiza que la caza no se practique sobre las especies ausentes del Anexo II de la Directiva
 - § No tiene listado de métodos prohibidos
- Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).
- Contrapasa
- Captura de fringílicos

Valencia

- Caza de Perdiz en periodo de celo con reclamo macho sin acudir a régimen de excepciones
 - Defectos en régimen de excepciones
 - Caza Especies en declive (no cataloga, no impone moratorias).
 - Zorzales con liga (Parany)
- Perdiz con reclamo macho
- Captura de fringílicos.
- (*) Contrapasa: captura de especies en periodo de migración prenupcial.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarez Baquerizo, C. y López Precioso, B. *et al.* 1997. "Manual de Política Ambiental Europea: la UE y España". Ed. Mapfre.

Alonso García, E. 1993. "El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea". Cuadernos de Estudios Europeos. Ed. Civitas y Fundación Universidad y Empresa.

Comisión Europea, 1993. "Segundo Informe de aplicación de la Directiva de aves silvestres de la Comisión Europea". COM(93)572 final, Bruselas, 24 de noviembre de 1993.

García Ureta, A. 1997. "Protección de Hábitats y de especies de flora y fauna en Derecho Comunitario Europeo. Directivas 79/409 y 92/43". Ed. IVAP.

García Ureta, A. et al. 1998. "Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria". Ed. IVAP.

Lasagabaster Herrarte, I. 1991. "Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho Autonómico". Monografías Civitas.

Monográfico sobre la caza de passeriformes. La Garcilla, nº 80-81 de 1991.

Martí, R. "Fechas de migración prenupcial de Becada, Paloma Torcaz y Zorzales en Navarra y Guipúzcoa en relación con la caza en contrapasa". Informe de SEO/BirdLife elaborado a petición del Servicio de Conservación de la Naturaleza del Gobierno de Navarra y de la Diputación Foral de Guipúzcoa. Julio 1996.

Rovira Daudí, M^a J. 1996. "La aplicación de la normativa comunitaria en materia de protección del medio ambiente, con especial referencia al papel de los particulares". Tesis doctoral. Universidad de Valencia.

NORMATIVA

Comunitaria

Directiva 79/409 relativa a la conservación de las aves silvestres y sus modificaciones.

Estatal

Ley 4/89 de 23 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales, la Flora y la Fauna Silvestres.

Real Decreto 1095/89, de 8 de septiembre, por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca y se establecen normas para su protección.

Real Decreto 1118/89 de 15 de septiembre, por el que se determinan las especies objeto de caza y pesca comercializables y se dictan normas al respecto.

Real Decreto 439/89, de 30 de marzo, por el que se regula el Catálogo General de Especies Amenazadas y sus modificaciones.

Andalucía.

Orden de 25 de junio de 1991 de la CA Andaluza

Decreto 104/94, de 10 de mayo, por el que establece el Catálogo Andaluz de especies de flora y fauna silvestres amenazada

Aragón

Ley 12/1992 de Caza de Aragón, modificada por la Ley 10/94

Decreto 49/1995, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Catálogo de Especies amenazadas de Aragón

Asturias

Ley 2/1989 de Caza de Asturias

Reglamento de Caza de Asturias, aprobado por Decreto 24/1991

Decreto 32/1990 de 8 de marzo, de creación del Catalogo Regional de Especies amenazadas de fauna vertebrada y se dictan normas para su protección

Baleares

Decreto 46/88, de 28 de abril, por el que se declaran protegidas determinadas especies de fauna silvestre

Decreto 27/1992, de 3 de junio, por el que se regula la caza del zorzal por el sistema tradicional de Filats en Coll

Cantabria

Ley 3/1992 de Protección de los animales y sus modificaciones

Canarias

Ley 7/1998 de Caza de Canarias

Castilla - La Mancha

Ley 2/93 de Caza de Castilla La Mancha

Reglamento de Caza de Castilla La- Mancha, aprobado por Decreto 41/1996

Decreto 33/98 de 5 mayo por el que se crea el Catalogo Regional de Especies Amenazadas de Castilla - La Mancha

Castilla y León

Ley 4/1996 de Caza de Castilla y León

Decreto 172/1998 de 3 de septiembre por el que se declaran las especies cinegéticas de Castilla y León.

Cataluña

Ley 3/1988, de 4 de marzo de Protección de los Animales, modificada por la Ley 3/1994 y por la Ley 18/1998

Orden de 5 de noviembre de 1984 que da normas para la protección de determinadas especies de la fauna salvaje

Orden de 23 de noviembre de 1994 por la que se amplia la relación de especies protegidas en Cataluña

Orden de 10 de abril de 1997 por la que se amplia la relación de especies protegidas en Cataluña

Extremadura

Ley de caza 8/1990 de Extremadura

Galicia

Ley 4/97 de Caza de Galicia

La Rioja

Ley 9/98 de Caza de La Rioja

Decreto 79/1998 de 9 de octubre, por el que se crea y regula el Catalogo Regional de Especies amenazadas de la flora y la fauna silvestre de La Rioja

Madrid

Ley 2/91 de 14 de febrero, para la protección y regulación de la fauna y flora silvestres en la Comunidad de Madrid

Decreto 18/92 de 26 de marzo por el que se aprueba el Catálogo regional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres y se crea la categoría de árboles singulares

Orden 2658/1998 por la que se autoriza la caza de aves fringílicas en la Comunidad de Madrid

Murcia

Ley 7/1995 de la Fauna silvestre, la Caza y la Pesca fluvial de Murcia, modificada por la Ley 11/95

Navarra

Ley 1/92 de protección de la fauna silvestre migratoria

Ley 2/93 de Protección y Gestión de la fauna silvestre y sus hábitats de Navarra, modificada por la Ley 8/94 y por la Ley 5/1998

Decreto Foral 563/95 por el que se incluyen en el catalogo de especies amenazadas de Navarra determinadas especies y subespecies de vertebrados de la fauna silvestre

País Vasco

Ley 16/1994 de 30 de junio de Conservación de la Naturaleza del País Vasco

Decreto 167/96 de 9 de julio por el que regula el Catalogo vasco de especies amenazadas de la fauna y flora silvestre y marina y sus modificaciones

Valencia

Orden de 15 de junio de 1988 por la que se regula con carácter general, la actividad cinegética en la Comunidad Valenciana

Decreto 265/94 de 20 de diciembre del Gobierno Valenciano por el se crea y regula el Catalogo Valenciano de especies amenazadas de fauna y se establecen categorías y normas de protección de la fauna

SENTENCIAS ESTUDIADAS.

Del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)

Sentencia de 2 de febrero de 1982 (Asuntos 68 a 73/81).

Sentencia de 25 de mayo de 1982, (Asunto 97/81).

Sentencia de 2 de diciembre de 1986 (Asunto 239/85; Comisión- Bélgica)

Sentencia de 4 de junio de 1987 (Asunto 134/86; Comisión - Bélgica)

Sentencia de 17 de junio de 1987 (Asunto 1/86; Comisión - Bélgica);

Sentencia de 8 de julio de 1987 (Asunto 262/85. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana)

Sentencia de 8 de julio de 1987 (asunto C-247/85)

Sentencia de 17 de septiembre de 1987 (Asunto 412/85; Comisión- RFA)

Sentencia de 14 de enero de 1988 (Asuntos 227 a 230/85; Comisión - Bélgica)

Sentencia de 2 de marzo de 1988 (Asunto 309/86 ; Comisión - Italia)

Sentencia de 27 de abril de 1988 (Asunto 252/88, comisión- República Francesa.

Sentencia de 12 de julio de 1988 (Asunto 322/86; Comisión - República Italiana)

Sentencia de 15 de marzo de 1990 (Asunto 339/87. Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de los Países Bajos).

Sentencia de 23 de mayo de 1990, Asunto 169/89

Sentencia de 5 de julio de 1990 (Asunto 42/89; Comisión - Bélgica)

Sentencia de 17 de enero de 1991 (Asunto 157/89. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana)

Sentencia de 28 de febrero de 1991 (Asunto 57/89 ; Comisión- Rep. Federal Alemania)

Sentencia de 28 de febrero de 1991 (Asunto 131/88; Comisión - Alemania)

Sentencia de 28 de febrero de 1991 (Asunto 360/87 ; Comisión - República Italiana)

Sentencia de 11 de junio de 1991 (Asunto 290/89; Comisión- Bélgica)

Sentencia de 30 de Mayo de 1991 (Asunto 361/88 ; Comisión - Rep. Federal Alemania)

Sentencia de 13 de diciembre de 1991 (Asunto 33/90; Comisión - Rep. Italiana)

Sentencia de 7 de abril de 1992 (Asunto 45/91; Comisión - República Helénica)

Sentencia de 24 de noviembre de 1992 (Asunto 237/90 ; Comisión- Rep. Federal Alemania)

Sentencia de 19 de enero de 1994. (Asunto 435/92. Association pour la protection des animaux sauvages y otros)

Sentencia de 7 de marzo de 1997 (Asunto C-118/94).

Sentencia de 1 de octubre de 1998 (Asunto C-71/97; Comisión – Reino de España).

Del Tribunal Constitucional.

Sentencia de 23 de noviembre de 1982 (Sentencia 69/1982)

Sentencia 76/1983

Sentencia de 20 de julio de 1989 (Sentencia 137/1989)

Sentencia de 19 de octubre de 1989 (sentencia 170/1989)

Sentencia de 4 de julio de 1991 (Sentencia 147/1991).

Sentencia de 4 de julio de 1991 (Sentencia 149/1991).

Sentencia de 28 de mayo de 1992.

Sentencia de 12 de noviembre de 1993 (Sentencia 329/1993)

Sentencia de 26 de junio de 1995 (Sentencia 102/1995)

Sentencia de 8 de noviembre de 1995.

Sentencia de 20 de marzo de 1997 (Sentencia 61/1997)

Sentencia de 15 de junio de 1998 (Sentencia 120/1998)

Del Tribunal Supremo.

Sentencia de 15 de enero de 1996 (sobre la Orden vedas de la CA de Andalucía de 19 de junio de 1990)

Sentencia de 13 de Septiembre de 1996 (sobre la Orden de vedas de la CA de Castilla – La Mancha de 16 de enero de 1990).

Sentencia de 23 de junio de 1998 (Sobre la Orden de vedas de la CA de Murcia de 21 de junio de 1990).

De Audiencias Provinciales.

Sentencia de 27 de diciembre de 1997 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (prevaricación y contrapasa)

De Tribunales Superiores de Justicia (Salas de lo contencioso).

Sentencia nº 186/1992 de 30 de marzo del TSJ de Cataluña (sobre la Orden de 11 de agosto de 1988 que modificaba la Orden de vedas de 31 de mayo de 1988)

Sentencia nº 568/94 de 19 de septiembre del TSJ de Cataluña (sobre la Resolución del Departament d'Agricultura, Ramaderia i pesca de 8 de octubre de 1991, por la que se fijaban los periodos, las zonas hábiles y las condiciones de caza para la temporada 1991-92, de determinadas especies, por métodos tradicionales).

Sentencia 732/94 de 8 de noviembre del TSJ del País Vasco (sobre Orden Foral 803/94 de 17 de febrero que autorizaba la contrapasa en Vizcaya).

Sentencia de 24 de enero de 1997 del TSJ de Extremadura (sobre la Orden de vedas extremeña de 16 de mayo de 1994).

Sentencia nº 1004/97 de 17 de octubre del TSJ de Valencia (sobre la instrucción que permitía la utilización del Parany en la temporada de 1994).

AGRADECIMIENTOS.

Quiero agradecer desde aquí la inestimable ayuda de Agustín García Ureta, de la Universidad del País Vasco, que ha seguido el proceso de elaboración de este informe, ha aclarado “grandes” dudas jurídicas, y aportado importantes sugerencias, algunas de las cuales no han podido ser incorporadas porque su fineza jurídica excedía de mi capacidad de comprensión.

Igualmente colaboradores Santiago Alvarez Carreño y Blanca Soro Mateo, del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia, y Carmen Plaza.

A los abogados José Miguel García Asensio y Manu González, por todo lo que me han enseñado aunque quizá no sean conscientes de ello.

Al Departamento de Conservación de SEO/BirdLife en su conjunto, y especialmente a Miguel Angel Naveso y Juan Criado, por su paciencia y su creencia de que un Informe de estas características puede redundar en una mejor conservación de las aves silvestres.

A Dolores Hedo y Macu de la Concha por soportar mis disquisiciones jurídicas y animarme siempre y en todo caso.

Sin embargo, el mayor de los agradecimientos va dirigido a Cristina Alvarez Baquerizo, socia y amiga, pero también maestra y compañera en este viaje que pretende hacer del derecho una herramienta útil para la conservación de la naturaleza y sus recursos naturales.