

La compatibilidad entre la actividad cinegética tradicional y la conservación de las aves silvestres según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Roser Martínez
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universitat Autònoma de Barcelona, España
<https://orcid.org/0000-0002-0283-5357>



Recepción: Junio 2021
Aceptación: Septiembre 2021

Cita recomendada. MARTÍNEZ, R. La compatibilidad entre la actividad cinegética tradicional y la conservación de las aves silvestres según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 12/3 (2021). - DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.583>

Resumen

Los recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea van a ser un elemento trascendental para entender cómo, cuándo y en qué casos pueden los Estados Miembros excepcionar la prohibición de la caza no selectiva de aves para dar cumplimiento a la Directiva 2009/147/CE.

Palabras clave: aves silvestres; caza; fringílicos.

Abstract - Compatibility between traditional hunting activity and the conservation of wild birds according to the Court of Justice of the European Union

The recent pronouncements of the European Court of Justice will be a transcendental element in understanding how, when and in what cases the member states can exempt the prohibition of the non-selective hunting of birds according to Directive 2009/147/ EC.

Keywords: wild birds; hunting; finches.

I. Introducción

La normativa europea establece un régimen de protección reforzado para las aves silvestres. Entre las normas que destacan podemos incluir la Directiva 2009/147/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la conservación de las aves silvestres¹ (en lo sucesivo “Directiva sobre las aves”) que vino a sustituir después de tres décadas a la anterior Directiva 79/409/CEE, del Consejo de 2 de abril de 1979, de igual nombre.

La estructura de la norma resulta bastante sencilla ya que se articula a través de que la protección se

¹ Versión consolidada en DOUE de 26 de enero de 2010. Serie L- 20/7.

efectúe a través de dos mecanismos: la protección ambiental del hábitat y la prohibición de actividades contrarias a la conservación. Por lo que refiere al primer aspecto, los Estados miembros están obligados a tomar todas las medidas necesarias para preservar, mantener o restablecer una diversidad y una superficie suficiente de hábitats para todas las especies de aves contempladas en los anexos. Para ello se enumeran una serie de medidas: a) creación de zonas de protección; b) mantenimiento y ordenación de acuerdo con los imperativos ecológicos de los hábitats que se encuentren en el interior y en el exterior de las zonas de protección; c) restablecimiento de los biotopos destruidos; d) desarrollo de nuevos biotopos (art. 3).² Igualmente, los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para evitar, dentro de las zonas de protección mencionadas la contaminación o el deterioro de los hábitats, así como las perturbaciones que afecten a las aves, en la medida que tengan un efecto significativo respecto a los objetivos generales de protección y conservación.

Para el segundo mecanismo (prohibición de actividades), la norma europea establece la regla general limitativa y una serie de excepciones. Se prohíbe tanto la comercialización como la caza excepto que ésta cuente con autorización por parte de las autoridades nacionales. La autorización de comercialización (tanto de animales vivos como muertos) deberá garantizar que no se pone en riesgo, el nivel de población, de distribución geográfica o la tasa de reproducción de la especie en el conjunto de la Comunidad. En cuanto a la caza, que es lo que ahora aquí nos interesa, la prohibición general contempla ciertas condiciones para que se pueda excepcionar la prohibición:

- los Estados miembros velarán por que la caza de estas especies no comprometa los esfuerzos de conservación realizados en su área de distribución (art. 7.1)
- los Estados miembros velarán por que la práctica de la caza, respete los principios de una utilización razonable y de una regulación equilibrada desde el punto de vista ecológico de las especies de aves afectadas (art. 7.4)
- 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.

Como puede fácilmente apreciarse de su simple lectura, los preceptos cuentan con preceptos jurídicos indeterminados que deberán ser objeto de precisión en su aplicación administrativa y judicial. Así, lo que deba entenderse como “no comprometer los esfuerzos de conservación” o el “respeto a los principios de una utilización razonable y de una regulación equilibrada desde el punto de vista ecológico” constituyen conceptos genéricos de difícil concreción a priori.

Lo mismo puede apreciarse con la disposición contemplada en el artículo 8 de la Directiva 2009/147/CE. Después de establecer la prohibición de caza masiva o no selectiva, se permite que los Estados miembros puedan introducir excepciones si “no hubiere otra solución satisfactoria”, en varios supuestos entre los que nos interesa especialmente el contemplado en la letra d) del apartado 1: “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”. De nuevo, lo que deba entenderse por “solución satisfactoria” o “explotación prudente” o “pequeñas cantidades”³ se erigen en un concepto indeterminado que requerirá una delimitación posterior.

La doctrina nacional⁴ e internacional⁵ ha estudiado abundantemente la regulación general. Este trabajo,

² Cfr. ARAGAO, A. La relación entre la directiva de aves silvestres y la de hábitats, en GARCÍA URETA A.M. (Coord) La directiva de hábitats de la Unión Europea: balance de 20 años (Pamplona 2012) 45-68.

³ GARCÍA URETA, A.M. Directiva de aves silvestres: métodos prohibidos de caza, excepciones a las prohibiciones generales y caza de aves en pequeñas cantidades. Comentario al asunto C-73/03, Comisión v. España, sentencia del TJCE (Sala Segunda) de 9 de diciembre de 2004. Revista Vasca de Administración Pública, 71 (2005) 299-318; JIMÉNEZ BUENDÍA, J.A. Comentario a la STC 114/2013, de 18 de mayo, sobre el “parany” como modalidad tradicional de captura y caza de tóridos en la Comunidad Valenciana. dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 4/3 (2013). <https://doi.org/10.5565/rev/da.165>

⁴ ARIAS APARICIO, M.F. Instrumentos para la construcción jurídica de la red ecológica europea de aves silvestres. Revista General de Derecho Administrativo, 43 (2016); GARCÍA URETA A.M. Derecho europeo de la biodiversidad: aves silvestres, hábitats y especies de flora y fauna (Madrid 2010); ASÍS DE ROIG, A. y HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. La conservación de las aves silvestres: comentario a la Directiva 2009/147/CE del Parlamento y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009. Revista General de Derecho Europeo, 22 (2010); GARCÍA URETA, A.M. El efectivo alcance de las Directivas de aves silvestres y hábitats (Comentario a la STJCE de 13 de diciembre de 2007, Sala 2ª, Comisión v. Irlanda, As. C-418/04). Noticias de la Unión Europea, 295 (2009); FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. La directiva 79/409/CEE sobre aves silvestres y su aplicación en España: nuevas consecuencias restrictivas, esta vez en el ámbito de la caza. Revista de Derecho Comunitario Europeo, 22 (2005); GARCÍA URETA, A.M. (1998), La Directiva 79/409/CEE, relativa a la protección de las aves silvestres, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Revista de Derecho Ambiental, 21 (1998).

⁵ HIRSCHFELD, A., ATTARD, G. y SCOTT, L. Bird hunting in Europe: an analysis of bag figures and the potential impact on the

sin embargo, analiza exclusivamente esa operación de delimitación o concreción de los conceptos antes expresados en varias resoluciones recientes TJUE que implican distintos países (Francia, Austria, Finlandia y Malta) pero cuya respuesta tiene un alcance más general. Mediante la respuesta a las cuestiones jurídicas planteadas pretendemos extrapolar una mayor clarificación – aunque casuista – de los anteriores conceptos normativos y ofrecer una lección para España.

Ciertamente, España es uno de los Estados miembros que ha sido requerido reiteradamente por parte de la Comisión Europea para que cese en lo que respecta a las capturas de pájaros fringílicos para la práctica del silvestrismo y para que cumpla escrupulosamente con la Directiva 2009/147/CE. Esta es una actividad muy tradicional en la península y en algunas zonas significa incluso un modo de vida. Consiste en cazar dichas aves silvestres (jilgueros, pinzones, pardillos, serines, lúganos o verderones) para “la cría en cautividad de sus mixtos y tenencia de silvestres” con el objeto de adiestrarlas en el canto.

El ordenamiento jurídico español ha regulado diferentes aspectos de la caza de aves silvestres. Por un lado, el Código Penal (CP) español tipifica la caza o tráfico de aves protegidas en su art.334 e impone penas de 6 meses hasta dos años de prisión para quien contravenga dicha prohibición. El art. 336 del CP además, establece que la utilización de explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna, será castigada con la pena de prisión de 4 meses a dos años.

Por su parte, la ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que incorpora al ordenamiento español tanto la Directiva de aves como la de Hábitats, establece en su art. 65.3.a): “Quedan prohibidas las tenencia, utilización y comercialización de todos los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales (...) así como aquellos procedimientos que puedan causar localmente la desaparición o turbar gravemente la tranquilidad de las poblaciones de una especie (...). Siempre y cuando no exista otra solución satisfactoria alternativa esta prohibición podrá no ser de aplicación (...)”

Sin embargo, a pesar de dicha regulación general, los objetivos fijados en las citadas Directivas sobre aves y sobre hábitats no acaban de conseguirse en la práctica por lo que respecta a las capturas de los fringílicos ya sea por inconcreción de las leyes o por la acción gubernativa ya sea de la Administración General del Estado o en la de las diferentes Comunidades Autónomas que tienen competencia para autorizar la práctica del deporte cinegético y estas capturas excepcionales. Por ello, los recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea van a ser un elemento trascendental que nos puede ayudar a entender hacia donde se van a encaminar las resoluciones por incumplimiento -si lo hubiere- de la normativa comunitaria en nuestro país, y tomar las medidas administrativas y legislativas oportunas para evitarlo.

II. Pronunciamientos judiciales

II.1. STJUE de 21 de junio de 2018. As. C-557/15. Recurso de incumplimiento. Comisión Europea c. República de Malta⁶

En un procedimiento judicial de recurso de incumplimiento la Comisión Europea solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República de Malta ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de lo dispuesto en los artículos 5, letras a) y e), y 8, apartado 1, en relación con el anexo IV, letra a), de la Directiva sobre las aves, en relación con el artículo 9, apartado 1 de dicha Directiva, al haber adoptado un régimen de excepciones que permite la captura de ejemplares vivos de siete especies de fringílicos silvestres (el pinzón vulgar - *Fringilla coelebs* -, el pardillo común - *Carduelis cannabina* -, el jilguero europeo - *Carduelis carduelis* -, el verderón común - *Carduelis chloris* -, el picogordo común - *Coccothraustes coccothraustes* -, el serín verdicillo - *Serinus serinus* - y el jilguero lúgano - *Carduelis spinus* -).

La sentencia se dicta una vez oídas las conclusiones de la Abogada General Sharpston,⁷ lo que no sucede

conservation, of threatened species. *British Birds*, 112 (2019). Disponible en https://www.researchgate.net/publication/332014881_Bird_hunting_in_Europe_an_analysis_of_bag_figures_and_the_potential_impact_on_the_conservation_of_threatened_species; BONSU, N., MCMAHON, B., MEIJER, S., YOUNG, J., KEANE, A. et al. Conservation conflict: Managing forestry versus hen harrier species under Europe's Birds Directive. *Journal of Environmental Management* 252 (2019) 109676; EPSTEIN, Y., CHRISTIERNSSON, A. LÓPEZ-BAO, J.V., CHAPRON, G. When is it legal to hunt strictly protected species in the European Union?. *Conservation Science and Practice Review* (2019). Disponible en <https://conbio.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/csp2.18>, MASSA, B. y BORG, J.J. European Birds of Conservation Concern: some constructive comments. *Avocetta*. 42/2 (2018) 75-84; CAINE, C. Windfarms and whimbrel: An interpretation of the wild birds directive. *Environmental Law Review*, 17/3 (2015) 207-213.

⁶ Cfr. el comentario general en REVUELTA PÉREZ. I. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de junio de 2018, que declara que la República de Malta ha incumplido la Directiva 2009/147, relativa a la conservación de las aves silvestres (arts. 5 y 8, en relación con el art. 9.1), por permitir la captura de ejemplares vivos de siete fringílicos silvestres. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 81 (2018).

⁷ Conclusiones de la Abogada General E. Sharpston presentadas en audiencia pública el 26 de julio de 2017.

en los recursos posteriores que por su semejanza a éste se fallan sin conclusiones previas.

De acuerdo con el derecho maltés⁸ procede la autorización de determinadas prácticas y períodos de caza por parte del Ministerio de medio ambiente quien, para conceder la autorización se fundamenta en las recomendaciones de un Comité Ornitológico. Para 2014, el Decreto Legislativo 253 estableció las condiciones de caza de fringílicos utilizando redes tradicionales (*clap-nets*). La modalidad de caza no causa la muerte del animal, sino que lo captura para su posterior cautividad o para su uso como reclamos vivos en otras modalidades de caza. La temporada de caza se circunscribe temporalmente a los meses de octubre a diciembre. Cuando abra una temporada de otoño de captura de ejemplares vivos de la familia de los fringílicos, el Ministerio deberá verificar que no existe “otra solución satisfactoria”, en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2009/147 [...], y tener en cuenta el mantenimiento de la población de las especies afectadas en un nivel satisfactorio y los umbrales máximos previstos en el anexo II. Además, cuando fije la duración de cualquier temporada de otoño de captura de ejemplares vivos de la familia de los fringílicos, el Ministro deberá establecer el límite de captura estacional global para cada una de las especies⁹ y el límite de captura estacional individual para cada licencia, y decidir asimismo si establece un límite de captura diario individual para cada licencia permitido con respecto a esa temporada de otoño excepcional de captura de ejemplares vivos de la familia de los fringílicos.

Las cuestiones principales que se dilucidan en el proceso son si la motivación de los órganos administrativos nacionales es suficiente como para descartar la existencia de “otra solución satisfactoria” al uso de las redes y si la afectación resultante a la población de pájaros constituye una “explotación prudente” que afecte a “pequeñas cantidades” del recurso natural.

Respecto de la primera cuestión, expuestas las alegaciones de las partes, el Tribunal determina que:

(...) la normativa nacional aplicable en esta materia debe enunciar de forma clara y precisa los criterios por los que se establecen excepciones y obligar a las autoridades competentes para su aplicación a tenerlos en cuenta. En relación con un régimen de excepciones, que debe ser interpretado en sentido estricto e imponer la carga de la prueba de que se cumplen los requisitos, respecto a cada excepción, a la autoridad que adopte la correspondiente decisión, los Estados miembros están obligados a garantizar que toda intervención que afecte a las especies protegidas se autorice únicamente sobre la base de decisiones precisa y adecuadamente motivadas, que se refieran a los motivos, requisitos y exigencias previstos en el artículo 9, apartados 1 y 2, de la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de junio de 2006, WWF Italia y otros, C-60/05, EU:C:2006:378, apartados 33 y 34).

Además, en contra de lo que sostiene la Comisión, el Tribunal concluye que la normativa nacional sí establece los criterios relativos a la excepción de manera clara y precisa sin vulnerar la normativa comunitaria por lo que las autoridades competentes los deberán tener en cuenta. En concreto, establece que el Ministro deberá verificar, ante la apertura de la temporada de captura de ejemplares vivos de fringílicos, que no hay otra solución satisfactoria en el sentido de la Directiva 2009/147.

Ahora bien, reconoce el Tribunal que las normas marco no incluyen referencia alguna a la cría en cautividad y no obligan a dicha autoridad a evaluar si dicho mecanismo es una solución satisfactoria antes de autorizar la captura de fringílicos para una temporada determinada:

(...) es preciso señalar que las Declaraciones de 2014 y de 2015, por las que se autoriza la captura otoñal de fringílicos durante las temporadas de 2014 y 2015, no son conformes al artículo 9 de la Directiva 2009/147.

El Tribunal señala concretamente esas declaraciones porque no contienen ninguna mención a otras soluciones satisfactorias alternativas, ni se refieren a los informes técnicos, jurídicos o científicos que según las autoridades estatales habían servido como prueba ante el Comité Ornitológico, ni tampoco contemplan las recomendaciones que, supuestamente, dicho Comité había enviado al Ministro en el sentido de apoyar la excepción controvertida y considerar que se habían cumplido todos los requisitos del art.9.1.c de la Directiva de las aves, en concreto, la inexistencia de otra solución satisfactoria (§ 47-51).

En definitiva, la falta de exteriorización por parte de las autoridades administrativas de un razonamiento comprensivo del análisis de las soluciones satisfactorias que permitieran la sustitución de la actividad de caza

⁸ Singularmente el Decreto Legislativo 79 de 29 de marzo de 2006 que supone la transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2009/147/CE.

⁹ En concreto, para cada especie se permite el siguiente número de ejemplares capturados: pardillo común: 12.000; jilguero europeo: 800; verderón común: 4.500; jilguero lúgano: 2.350; picogordo común: 500; pinzón vulgar: 5.000 y serín verdicillo: 2.350. Las cifras deben siempre representar menos del 1% de la mortalidad anual UE de la población de referencia de cada especie.

de aves silvestre por otras menos dañinas (por ejemplo, cría en cautividad), comporta la inadecuación de la autorización administrativa de caza al Derecho UE. De ello se deduce que la actividad cinegética, al tratarse de una excepción al régimen general, debe fundamentarse expresa y exhaustivamente.

Y respecto de la segunda cuestión, es decir, si los límites cuantitativos fijados suponen una “pequeña cantidad” que implique una “explotación prudente del recurso”, el Tribunal aprecia que:

El requisito relativo a las «pequeñas cantidades» no puede cumplirse si la actividad de captura de aves autorizada con carácter excepcional no garantiza suficientemente la conservación de la población de especies afectadas (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de octubre de 2003, *Ligue pour la protection des oiseaux* y otros, C-182/02, EU:C:2003:558, apartado 17).

El Tribunal reconoce que la población afectada del jilguero europeo y del pinzón vulgar no puede determinarse basándose en un único como el presentado máxime cuando en el mismo se señala que no se pueden proporcionar datos concluyentes sobre las regiones que aportan los contingentes más relevantes de aves que acuden a la región donde se aplica la excepción controvertida:

En estas circunstancias, y a falta de cualquier otro elemento probatorio pertinente, es preciso hacer constar que la República de Malta no ha demostrado que los límites de capturas, fijados en 800 ejemplares para el jilguero europeo y 5.000 ejemplares para el pinzón vulgar, correspondan a «pequeñas cantidades», en el sentido del artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva 2009/147.

Y el Tribunal también se refiere a la falta de control de anillas de otras especies como el picogordo común:

(...) por una parte, no se registraron datos de control de anillas de dicha ave en Malta y, por otra parte, las autoridades maltesas se basaron en los controles de anillas efectuados en Italia sin fundamentar con ninguna prueba científica la afirmación de que esta muestra podía constituir un «sustituto» adecuado.

En cuanto al pardillo común, al verderón común, al jilguero lúgano y al serín verdecillo el Tribunal duda de la exactitud de la identificación de las poblaciones reales, y por tanto, señala que no hay certeza científica sobre las regiones de origen de las poblaciones de estos fringílidos que acuden a Malta donde está en vigor la excepción controvertida¹⁰.

Por último, y aunque Malta afirma haber tenido en cuenta solamente poblaciones de fringílidos procedentes de países cuyos contingentes se mantienen estables o están aumentando, el Tribunal concluye que la selección de dichas poblaciones no siempre se ha llevado a cabo conforme la metodología declarada:

(...) en lo que atañe al pardillo común, procede señalar que, como se desprende de la nota técnica de la WBRU, relativa al estado de conservación de las siete especies de fringílidos de que se trata, de mayo de 2015, aportada por la República de Malta a los autos del presente asunto, las autoridades maltesas también tomaron en consideración, para la temporada de otoño de capturas de 2015, poblaciones de referencia en declive o cuyo estado de conservación no era conocido. Lo mismo cabe decir del verderón común, del verdecillo europeo y del jilguero lúgano. (§ 66-73).

Por todas las consideraciones anteriores se concluye que la República de Malta no ha aportado pruebas suficientes que demuestren que su régimen de excepciones relativo a la captura de las siete especies de fringílidos de que se trata permite garantizar el mantenimiento de la población de estas especies en un nivel satisfactorio. Tampoco el Tribunal acepta la alegación de la “explotación prudente”. Si bien se argumentaba

¹⁰Por lo que respecta a la identificación de las poblaciones, el Tribunal señala que “aunque los límites de capturas autorizadas para estas especies por las medidas maltesas que establecen excepciones se sitúan bastante por debajo del límite máximo del 1 % de la mortalidad anual total de las poblaciones afectadas, tal como las identifica el estudio Raine de 2007, el reducido tamaño de la muestra de aves anilladas y liberadas, a saber, 112 ejemplares, en que se basa este estudio permite dudar de la exactitud de la identificación de dichas poblaciones, máxime si dicho estudio se compara con el considerable número de aves cuya captura se declaró en Malta durante la temporada de otoño de 2014, que ascienden a un total de 7.222 fringílidos. Por consiguiente, para el pardillo común, el verderón común, el jilguero lúgano y el serín verdecillo, no puede existir certeza científica sobre las regiones incluidas en el mismo estudio, como regiones de origen de las poblaciones que aportan los principales contingentes que acuden a la región donde está en vigor la excepción controvertida durante su período de aplicación. Además, se desprende de los autos que solo se realizó un estudio de los flujos migratorios de los siete fringílidos en las islas maltesas durante el período cubierto por la excepción después de la aprobación del régimen de excepciones de la República de Malta, en el mes de julio de 2014”.

que la caza era meramente recreativa, la notable cantidad de capturas unida al carácter no selectivo de la técnica de las *clap-nets* convierte a la autorización de caza en una excepción desproporcionada al objetivo general de conservación. Hay que notar cómo no basta con la alegación relativa a una cantidad global pequeña (1%) sino que se debe garantizar suficientemente la conservación de las especies en el propio lugar de la autorización.

La sentencia afirma con contundencia que la explotación de las aves en cuestión mediante su captura con carácter recreativo no puede, en ninguna circunstancia, considerarse prudente (§ 83), máxime cuando la técnica de caza no es selectiva (§ 86).

Finalmente, se analiza también en la sentencia si Malta dispone de un sistema de control administrativo que permita afirmar que la ejecución de las autorizaciones de caza se produce en “condiciones estrictamente controladas”. Para ello existe un sistema de autodeclaración de capturas por medio de SMS. Pero, de nuevo, se detecta como los controles policiales *in situ* presentan notables defectos para un número de licencias de caza (4.000) existentes.

II.2. STJUE de 23 de abril de 2020. As. C-217/19. Recurso de incumplimiento. Comisión Europea c. República de Finlandia¹¹

La Comisión Europea abrió procedimiento de incumplimiento contra Finlandia que, fracasada la fase pre-contenciosa, terminó en la presentación de un recurso ante el Tribunal de Justicia donde se suplica se declare que la República de Finlandia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 7, apartado 4, y 9, apartado 1, letra c), de la Directiva sobre las aves, al autorizar regularmente la expedición de licencias de caza primaveral del pato de flojel (*Somateria mollissima*) en la provincia de Aland (Finlandia) desde el año 2011.

Como en todos los casos, las licencias de caza deben garantizar el principio de utilización razonable de los recursos y de regulación equilibrada desde el punto de vista ecológico de las especies de aves afectadas. El pato flojel integra las especies recogidas en el Anexo II de la Directiva sobre aves silvestres y su caza estaba suspendida en Finlandia entre los años 2006 a 2010. En 2011 se retoma la concesión de autorizaciones. Para la Comisión, las autorizaciones controvertidas serían incompatibles con el artículo 7, apartado 4, párrafo tercero, de la Directiva sobre las aves. Sostiene que, según esta disposición, los Estados miembros «cuando se trate de especies migratorias, velarán, en particular, porque las especies a las que se aplica la legislación de caza no sean cazadas durante su período de reproducción». La Comisión considera que, en el caso de autos, es indiscutible, al igual que en el asunto que dio lugar a la sentencia de 15 de diciembre de 2005, Comisión/Finlandia (C-344/03, EU:C:2005:770), que la temporada de caza primaveral en la provincia de Aland, que dura de dos a tres semanas en el mes de mayo, coincide con el período de reproducción de los patos de flojel.

Finlandia, en cambio considera que según la guía de caza de la Comisión (2008), la especie es susceptible de ser cazada pues, aunque su estado de conservación no es favorable, no se halla en peligro (máxime después de 5 años de moratoria). Se trataría en general de una explotación prudente pues ningún otro Estado europeo autoriza esta modalidad de caza. La República de Finlandia presenta una declaración, de 29 de julio de 2019, de uno de los principales científicos especializados en la investigación sobre el pato de flojel en Finlandia, en la que éste estima que la estrategia de gestión establecida en las islas de la provincia de Aland está justificada, fundada y estrechamente vinculada a la situación local. Este científico considera asimismo que el plan de gestión mencionado en el apartado 52 de la presente sentencia y las medidas adoptadas a este respecto tienen un efecto positivo en la población de pato de flojel de la provincia de Aland, que prevalece sobre el efecto negativo resultante de la reducción de la capacidad de reproducción de un número limitado de hembras. En cuanto al control de los depredadores, la República de Finlandia indica, en primer lugar, que la comunidad local de cazadores perdería todo interés en controlar a los depredadores si se prohibiera la caza primaveral del pato de flojel. Por lo tanto, la prohibición de la caza primaveral en la provincia de Aland equivaldría a la prohibición total de la caza. A continuación, dicho Estado miembro sostiene que debe fomentarse la implicación de las comunidades locales en los programas de conservación. Según la República de Finlandia, la Comisión pretende excluir al mayor grupo de partes interesadas en la conservación futura del pato de flojel suprimiendo su único incentivo para participar en tales programas. Dicho Estado miembro concluye que la prohibición de la caza primaveral que exige la Comisión es desproporcionada por cuanto no tiene en cuenta en absoluto ni la circunstancia de que tal caza no ha contribuido de ningún modo al descenso de la población de la especie afectada ni el papel positivo desempeñado por la comunidad local

¹¹ Cfr. el comentario general en REVUELTA PÉREZ. I. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2020 (recurso por incumplimiento): Finlandia ha incumplido la Directiva 2009/147, de conservación de las aves silvestres, por autorizar la caza primaveral del “pato de flojel” desde 2011 a 2019. Actualidad Jurídica Ambiental, 101 (2020) 122-126.

de cazadores en la conservación de la mencionada población.

Expuestas las posiciones de las partes y controvertidos algunos de los documentos científicos que fundamentan el debate, el Tribunal considera que:

(...) las pruebas que demuestren que concurren los requisitos exigidos para establecer una excepción al régimen de protección de dicha Directiva deben basarse en conocimientos científicos bien asentados (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de diciembre de 2005, Comisión/Finlandia, C-344/03, EU:C:2005:770, apartado 54 y jurisprudencia citada). El Tribunal de Justicia ya ha declarado que los mejores conocimientos pertinentes deben estar a disposición de las autoridades en el momento en que concedan las autorizaciones (véanse, en relación con las especies protegidas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre los hábitats, las sentencias de 7 de septiembre de 2004, Waddenvereniging y Vogelbeschermingsvereniging, C-127/02, EU:C:2004:482, apartados 52 y 61, y de 10 de octubre de 2019, Luonnonsoojeluyhdistys Tapiola, C-674/17, EU:C:2019:851, apartado 51). Estas consideraciones son igualmente válidas en lo que respecta al artículo 9, apartado 2, de la Directiva sobre las aves.

La expresión “mejores conocimientos”, se refiere a conocimientos científicos bien asentados y que estén a disposición de las autoridades competentes. Como se ha señalado, este requisito apunta a que debe existir un “consenso científico” sobre las condiciones en las que las aves silvestres pueden ser objeto de una excepción que permita eludir una de las prohibiciones de la Directiva de aves¹².

En el caso que nos ocupa, Finlandia se basó en cinco estudios:

(...) en primer lugar, la clasificación a escala mundial por la UICN para el año 2015 de la especie de que se trata en la categoría «preocupación menor»; en segundo lugar, un informe de 2004 redactado por la organización no gubernamental BirdLife International, que atribuye al pato de flojel un «estado de conservación favorable» en el ámbito paneuropeo; en tercer lugar, la guía; en cuarto lugar, la clasificación establecida en 2015 por la organización no gubernamental Wetlands International de la población de la vía migratoria mar Báltico/mar de Frisia en la categoría «preocupación menor»; y, en quinto lugar, la «lista roja» finlandesa de 2010, que clasifica el pato de flojel en la categoría «casi amenazado» en Finlandia.

Sin embargo, el Tribunal descalifica los trabajos primero y cuarto porque fueron realizados con posterioridad a las autorizaciones controvertidas que se dieron en su momento, por lo que su decisión no pudo motivarse en dichos estudios. Por otra parte, el informe y la guía que se presentan en segundo y tercer lugar, aunque datan de años anteriores, resulta dudosa su actualización:

A este respecto, por una parte, no cabe sostener que un Estado miembro dispone de los mejores conocimientos científicos cuando, en el momento en que la autoridad competente adopta su decisión, esta se basa en un estudio publicado siete años antes, de modo que, salvo prueba en contrario, puede considerarse que un estudio posterior, que analice datos relativos a años más recientes, contiene información más actual y posee, por consiguiente, un grado de exactitud y de pertinencia significativamente más elevado. (§ 70 a 74).

Hay que destacar cómo el debate no es tanto jurídico (procedimiento de concesión de las autorizaciones), sino científico, es decir, si la evidencia científica permite la actividad excepcional de caza. Ante la duda que puede generarse, entra en juego el principio de cautela (cfr. en lo que se refiere a la Directiva sobre los hábitats, la sentencia de 10 de octubre de 2019, Luonnonsoojeluyhdistys Tapiola, C-674/17, EU:C:2019:851, apartados 68 y 69 y jurisprudencia allí citada).

En lo estrictamente jurídico, aparecen de nuevo los criterios interpretativos sobre la existencia o inexistencia de soluciones satisfactorias alternativas a la actividad de caza y el examen del concepto de “pequeñas cantidades” de pájaros cazados para evaluar el equilibrio entre caza y conservación. En el primer caso, el Tribunal establece que:

(...) en el contexto del examen del requisito relativo a la inexistencia de otra solución satisfactoria, establecido en el artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva sobre las aves, el Tribunal de Justicia ha reconocido, en el apartado 35 de la sentencia de 15 de diciembre de 2005, Comisión/Finlandia

¹² GARCÍA URETA, A. Métodos tradicionales de caza y Directiva de aves silvestres. Comentario al asunto C-900/19, One Voice, STJUE de 17-03-2021. Revista Vasca de Administración Pública, 120 (2021) 215.

(C-344/03, EU:C:2005:770), que, «aunque es cierto que los cazadores llevan a cabo una operación útil para la gestión del medio, cazando en primavera los pequeños depredadores para que la nidificación del pato de flojel dé mejores resultados, no parece que tal operación solo pueda llevarse a cabo si se permite la caza primaveral de esta especie», esta consideración es válida mientras, como ha señalado la Comisión, un Estado miembro no garantice el mantenimiento de la población afectada en un «nivel satisfactorio». Por otra parte, aun cuando se demostrase que los efectos positivos sobre la población de una especie protegida resultantes de un plan de gestión neutralizarían los efectos negativos derivados de las capturas en dicha población, un Estado miembro está obligado, como se desprende del considerando 6 de la Directiva sobre las aves, a adoptar las medidas aplicables a los diversos factores que puedan actuar sobre el nivel de población de la especie de que se trate. (§ 86).

Con respecto a las “pequeñas cantidades”, se relaciona el concepto con la propia conservación de la especie, de manera que por muy pequeña que sea la cantidad globalmente considerada, si no se garantiza la conservación de la especie en un nivel satisfactorio, se considera que no se cumple el requisito relativo a la cantidad. Como fácilmente puede advertirse, el TJUE muta el criterio cuantitativo de la Directiva por uno cualitativo (el carácter casi amenazado de la especie). No se trata de fijar un umbral (1%) de las capturas, sino de constatar si, con independencia del criterio cuantitativo se afecta a la conservación del recurso. De forma también interesante, se rechaza el argumento global respecto a la especie (pato flojel). La mera circunstancia de que un Estado miembro sea el único que autoriza una práctica no puede deducirse que pueda acaparar toda la cuota disponible. Por este motivo, procede examinar desde un punto de vista hipotético cuáles podrían ser los demás Estados miembros que desean beneficiarse de dicha cuota y reservar a cada uno de ellos una parte relativa. Este argumento es puramente hipotético y no aparece conectado a los argumentos de la causa.¹³

Por todo ello, ni los argumentos expuestos ni las pruebas científicas aportadas por Finlandia en su apoyo permiten demostrar, extremo que incumbía al Estado, que, en el momento en que se concedieron las autorizaciones controvertidas, la autoridad nacional disponía de conocimientos científicos bien asentados que indicaban que la población de la especie de que se trata se mantenía en un «nivel satisfactorio», de modo que la explotación pudiera considerarse «prudente».

II.3. STJUE de 23 de abril de 2020. As. C-161/19. Recurso de incumplimiento. Comisión Europea c. República de Austria

En la misma fecha de la resolución anterior, el Tribunal falló otro recurso de incumplimiento, en este caso, contra Austria. La Comisión solicitaba al Tribunal de Justicia que declarase que la República de Austria incumplía las obligaciones europeas en virtud de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva sobre las aves, al permitir la caza en primavera de chochas perdices (becadas) en el Estado de la Baja Austria.

Este recurso se interpone contra el permiso de caza de chochas perdices (*Scolopax rusticola*) en primavera en la Baja Austria. Las chochas perdices pueden ser cobradas en el período comprendido entre el 1 de marzo y el 15 de abril, durante la época de la parada nupcial; concretamente hasta un número máximo de 1.410 ejemplares (máximo que fue reducido a 759 a partir de febrero de 2017). Desde el punto de vista de la Comisión, la normativa cuestionada infringe la prohibición de caza en primavera, establecida en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva sobre las aves silvestres.

La República de Austria alega que la normativa está autorizada en la disposición excepcional contenida en el artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva 2009/147. De acuerdo con dicho precepto, a su entender, los Estados miembros, si no hubiere otra solución satisfactoria, y apartándose de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva, entre otros, pueden 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. De acuerdo con jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, corresponde a los Estados miembros aportar las pruebas de que se cumplen los requisitos para ello.

En opinión de la Comisión, la República de Austria no ha demostrado que no exista ninguna otra solución satisfactoria en el sentido expresado en la frase introductoria del artículo 9, apartado 1, ni que el número máximo de piezas cobradas corresponda a las «pequeñas» cantidades señaladas en el artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva. La caza en otoño parece una alternativa satisfactoria, pues en dicha

¹³ Además, el propio Tribunal se contradice al exigir después un argumento local: En el caso de autos, en lugar de basar sus cálculos en el conjunto de la población migrante en el mar Báltico/mar de Frisia, la República de Finlandia debería haber utilizado como base de referencia la población de la especie de que se trata que anida en las islas de la provincia de Aland. De ello se deduce que, en la fecha de referencia, las autoridades de la provincia de Aland no disponían de los datos que les permitieran calcular correctamente la cantidad de aves de la población afectada que podía capturarse. (§ 94 -95).

estación las chochas perdices también están presentes en número suficiente en los territorios de caza de la Baja Austria. La República de Austria no ha presentado ninguna prueba convincente de su tesis de que la caza sea más apropiada para la preservación de las chochas perdices en primavera que en otoño.

Sobre la cuestión de la “solución satisfactoria” para Austria, la caza en primavera, en vez de en otoño permite ser más selectivo con las capturas puesto que en la época de cortejo (primavera) se cazan más machos que hembras frente a la época de otoño donde las piezas cobradas son menos selectivas. Para ello se basa en un estudio de 2016 donde se detalla el origen y la edad de las chochas perdices cazadas. Ello justificaría que el traslado de la época de caza de primavera a otoño, como propone la Comisión como alternativa satisfactoria, provocaría un efecto más dañino sobre la especie. Al respecto, el Tribunal determina que:

En primer lugar, por lo que respecta a la falta de “otra solución satisfactoria” en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva sobre aves, conviene señalar, en primer lugar, que no se discute que la becada también está presente en otoño en los territorios en los que son cazados y que, de conformidad con el artículo 7 de dicha Directiva, pueden ser cazados durante este período.

A continuación, el argumento desarrollado por la República de Austria según el cual, en comparación con la caza de otoño, la captura selectiva de becada macho durante la temporada de cría constituye un modo de caza menos gravoso para la población de la especie en cuestión en la Baja Austria, se basa principalmente en una lectura a contrario sensu de un estudio sobre la caza de ciervos citado por la Comisión.

No obstante el hecho de que el argumento de dicho Estado miembro se basa en trabajos relacionados con un cérvido, dicho argumento parte del postulado de que, si bien las publicaciones científicas recomiendan concentrar la caza en las hembras en caso de que se desee la reducción de la población de una especie, por el contrario, la concentración de la caza en machos permitiría aumentar la población.

Sin embargo, el Tribunal no acepta este argumento, ya que, aunque se redujera a los machos de la especie, la autorización para cazar implica inevitablemente una reducción del número de ejemplares de la población afectada¹⁴:

De ello se desprende que, con arreglo al artículo 7, apartado 4, de la Directiva sobre aves, la protección de las aves silvestres durante los períodos de anidación y las distintas etapas de reproducción se dirige tanto a los machos como a las hembras en su conjunto. En consecuencia, no puede considerarse que la modificación del equilibrio entre machos y hembras debido a un muestreo selectivo que afecta únicamente a los machos pueda cumplir los requisitos del artículo 7 de la Directiva sobre aves.

Por otro lado, y para contestar al argumento de Austria según el cual la caza primaveral selectiva dirigida al macho es preferible a una caza ilimitada de machos y hembras en otoño, el Tribunal cita el art.7.4 de la Directiva de aves según el cual "los Estados miembros garantizarán que la práctica de la caza ... respete los principios de uso razonable y de regulación ecológicamente equilibrada para las especies de aves en cuestión, y que esta práctica sea compatible, ya que se refiere a la población de estas especies, en particular las migratorias, con las disposiciones derivadas del artículo 2 [de la presente Directiva]".

Por ello, se reafirma en que

Una autorización para cazar fuera de los períodos a que se refiere el artículo 7, apartado 4, segundo y tercer párrafos no puede ser ilimitada y debe respetar en todo caso la exigencia de una utilización razonable.

En consecuencia, la República de Austria no ha aportado pruebas de que la caza de gallos en primavera sería menos difícil que la caza de otoño para la población de la especie en cuestión en la Baja Austria y que no existe, por lo tanto, "otra solución satisfactoria" dentro del significado del artículo 9, apartado 1, de la Directiva sobre aves. (ap. 51-57).¹⁵

Además, considera que el cálculo de las «pequeñas cantidades» es incorrecto, ya que las instituciones austríacas se atienen a referencias cuantitativas temporalmente erróneas. Los datos que se aporten deben referir al período fijado en el dictamen motivado de la Comisión en la fase pre-contenciosa sin que puedan considerarse los cambios que se producen con posterioridad, aunque éstos demuestren una mejora de la

¹⁴ En palabras del Tribunal, la población afectada se define como “el conjunto de todos los individuos que constituyen una comunidad de reproducción” (sentencia de 12 de julio de 2007, Comisión / Austria, C - 507/04, EU: C: 2007: 427, apartado 235).

¹⁵ La traducción es nuestra. Las versiones lingüísticas disponibles en www.curia.eu para el asunto C-161/19 y su sentencia son únicamente el francés y el alemán (lengua del procedimiento).

situación del recurso (sentencia de 16 de julio de 2015, Comisión c. Eslovenia. Asunto C-140/14). La revisión a la baja, a iniciativa de las autoridades del Land de Baja Austria, para corregir el número de becadas (de 1.410 en 2015 a 759 en 2017) demuestra que se calculó incorrectamente la cantidad de estas aves que podía capturarse, y ello es suficiente para demostrar que, en la fecha de referencia, estas autoridades no tenían los datos que pudieran constituir un conocimiento bien establecido, por lo que la República de Austria no estaba en condiciones de cumplir con el requisito de "pequeñas cantidades", mencionado en el artículo 9 (1) c) de la Directiva sobre aves.

II.4. STJUE de 17 de marzo de 2021. As. C-900/19. Cuestión prejudicial elevada por el *Conseil d'État* en el caso *One Voice y Ligue pour la protection des oiseaux c. Ministere de la Transition écologique et solidaire*

A diferencia de los supuestos anteriormente analizados estamos aquí ante una cuestión prejudicial de interpretación por la que los órganos jurisdiccionales franceses elevan la cuestión en busca de auxilio interpretativo de los criterios antes vistos. La misma concepción del proceso parece más proclive a una delimitación judicial de los conceptos jurídicos indeterminados.

El derecho francés, (título II del libro IV del *Code de l'Environnement* relativo a la caza) incluye, en particular, un capítulo IV, titulado «Ejercicio de la caza», subdividido a su vez en seis secciones, y la sección 3 está dedicada a los «modos y medios de caza». El artículo L. 424-4 de este Código, que figura en dicha sección, dispone lo siguiente:

“En época hábil de caza, la licencia confiere a su titular el derecho a cazar de día, ya sea con escopeta, en montería, a voces, o en la modalidad de cetrería, según las distinciones establecidas por los decretos del ministro competente en materia de caza. Se entenderá por día el período que comienza una hora antes de la salida del sol, en la cabeza de partido del departamento, y termina una hora después de su puesta.

Con el fin de permitir, en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo, la caza de determinadas aves de paso en pequeñas cantidades, el ministro competente en materia de caza precisará las condiciones en que se autorizará el uso de métodos y medios de caza consolidados por los usos tradicionales, como excepción a los autorizados en el párrafo primero.

Las ligas se colocarán una hora antes del amanecer y se retirarán antes de las once de la mañana”.

En desarrollo de las previsiones legales anteriores, el artículo 1 del *arrêté relatif à l'emploi des gluaux pour la capture des grives et des merles destinés à servir d'appelants dans les départements des Alpes-de-Haute-Provence, des Alpes-Maritimes, des Bouches-du-Rhône, du Var et de Vaucluse* (Decreto relativo al empleo de ligas para la captura de zorzales y mirlos destinados a reclamo en los departamentos de Alpes de Alta Provenza, Alpes Marítimos, Bocas del Ródano, Var y Vaucluse), del secretario de Estado del primer ministro, responsable del medio ambiente y de la prevención de los riesgos tecnológicos y naturales mayores, de 17 de agosto de 1989 (JORF de 13 de septiembre de 1989, p. 11560; en lo sucesivo, «Decreto de 17 de agosto de 1989»), establece:

«Se autoriza el uso de ligas para la captura de zorzales charlos, zorzales reales, zorzales alirrojos, zorzales comunes y mirlos comunes, con el fin de usarlos como reclamos para fines privados, en los departamentos de Alpes de Alta Provenza, Alpes Marítimos, Bocas del Ródano, Var y Vaucluse, en las condiciones estrictamente controladas que se determinan a continuación con objeto de permitir la captura selectiva y en pequeñas cantidades de dichas aves, al no existir otra solución satisfactoria.»

«Las ligas solo podrán permanecer colocadas mientras el cazador se halle presente. Toda ave atrapada será inmediatamente limpiada.»

«El ministro competente en materia de caza fijará cada año el cupo máximo de capturas por temporada, así como, en su caso, las especificaciones técnicas oportunas para cada departamento.»

«Toda presa de especie distinta de los zorzales charlos, zorzales reales, zorzales alirrojos, zorzales comunes y de los mirlos comunes que resulte atrapada accidentalmente será limpiada y liberada inmediatamente.»

En aplicación de lo dispuesto en el Decreto de 17 de agosto de 1989, el ministro de Estado y ministro de Transición Ecológica y Solidaria fijó, mediante los Decretos de 24 de septiembre de 2018, el número máximo de zorzales y mirlos comunes destinados a reclamo que podían ser capturados mediante el empleo de ligas para la temporada de caza 2018-2019 en los departamentos de Alpes de Alta Provenza, Alpes Marítimos,

Bocas del Ródano, Vaucluse y Var, en 2.900, 400, 11.400, 15 600 y 12.200, respectivamente.

La asociación *One Voice* interpuso cinco recursos ante el *Conseil d'État* (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Francia) solicitando que se anulen los Decretos de 24 de septiembre de 2018 y que se ordene al ministro de Transición Ecológica y Solidaria que proceda a la derogación del Decreto de 17 de agosto de 1989. La *Ligue pour la protection des oiseaux* interpuso ante ese mismo órgano jurisdiccional cinco recursos por los que se solicita la anulación de los Decretos de 24 de septiembre de 2018. En ambos casos se argumenta que la normativa francesa vulneraría la Directiva europea en tanto que autoriza un método de caza tradicional que, sin embargo, no es selectivo y que en ningún modo se habría justificado en las autorizaciones que no existe otra solución satisfactoria que permita compatibilizar la actividad cinegética con el objetivo de conservación de las aves silvestres.

El *Conseil d'État* plantea al TJUE dos cuestiones prejudiciales con el siguiente tenor literal:

«1) ¿Debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva “sobre las aves” en el sentido de que impide que los Estados miembros autoricen el recurso a medios, instalaciones o métodos de captura o muerte que puedan comportar, aunque solo sea de forma limitada y con carácter estrictamente temporal, capturas accesorias? En su caso, ¿qué criterios, basados, en particular, en la proporción o la envergadura limitadas de dichas capturas accesorias, en el carácter en principio no letal del procedimiento de caza autorizado y en la obligación de liberar sin daños graves a los ejemplares capturados accidentalmente, pueden aplicarse para considerar que se cumple el criterio de selectividad establecido por dicha disposición?

2) ¿Debe interpretarse la Directiva “sobre las aves” en el sentido de que el objetivo de proteger el recurso a métodos y medios de caza de aves consolidados por los usos tradicionales, con fines recreativos, y en la medida en que se cumplan los demás requisitos establecidos en [su artículo 9, apartado 1, letra c)] para la aplicación de tal excepción, puede justificar la inexistencia de otra solución satisfactoria en el sentido de su artículo 9, apartado 1, y permite, por lo tanto, aplicar una excepción a la prohibición de dichos métodos y medios de caza establecida en su artículo 8?»

Al no existir una conexión lógica entre las dos cuestiones planteadas, la sentencia las resuelve de modo inverso, es decir, contesta en primer lugar la segunda formulada. Veamos pues la primera de las cuestiones a las que se da respuesta: ¿puede interpretarse que la sola apelación al carácter tradicional de un método de captura es suficiente como para significar ello que no hay alternativa (solución satisfactoria)? El supuesto carácter tradicional del uso implicaría su insustituibilidad por otro método.

El TJUE discurre sobre la estructura de la regla general (prohibición de caza) y la justificación de sus excepciones). Pero para contestar la cuestión la sentencia establece que:

(...) el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la caza de aves silvestres practicada con fines recreativos en las condiciones fijadas por la Directiva «sobre las aves» puede constituir una «explotación prudente» autorizada por esta Directiva [sentencia de 23 de abril de 2020, Comisión/Finlandia (Caza primaveral del pato de flojel macho), C-217/19, EU:C:2020:291, apartado 65 y jurisprudencia citada]. También pueden tener cabida en el concepto de «explotación prudente» los métodos tradicionales de caza, dado que, como se menciona en el artículo 2 de la citada Directiva, los Estados miembros deben tener en cuenta las exigencias recreativas al adoptar las medidas a las que se hace referencia en dicho artículo.

No obstante, si bien el artículo 2 de la Directiva «sobre las aves» insta a los Estados miembros a cumplir esta última teniendo en cuenta las exigencias ecológicas, científicas y culturales, así como las exigencias económicas y recreativas, es obligado señalar que la conservación de las aves constituye el objetivo principal de esa Directiva.

En relación con este punto, el Tribunal de Justicia ha declarado de forma reiterada que el mantenimiento de actividades tradicionales no constituye una excepción autónoma al régimen de protección establecido por la Directiva «sobre las aves» [véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de julio de 1987, Comisión/Bélgica, 247/85, EU:C:1987:339, apartado 8; de 28 de febrero de 1991, Comisión/Alemania, C-57/89, EU:C:1991:89, apartado 22, y de 23 de abril de 2020, Comisión/Finlandia (Caza primaveral del pato de flojel macho), C-217/19, EU:C:2020:291, apartado 85].

En efecto, los métodos de caza forman parte a menudo de tradiciones o de usos locales, de modo que, si el objetivo de conservarlos como tales constituyera un motivo autónomo para establecer excepciones, ello conduciría a autorizar gran número de prácticas contrarias a las exigencias del artículo 9 de la Directiva «sobre las aves». Tal criterio sería contrario a la interpretación restrictiva que debe prevalecer

para esta disposición. (aps. 33-36)

La cuestión de si el carácter tradicional de un uso de caza justifica, *per se*, la imposibilidad de explorar otras posibles soluciones satisfactorias es contestada de manera negativa a lo que la doctrina ya ha reconocido como “evidente dificultad que tienen los Estados miembros para autorizar, siquiera de manera excepcional, el uso de un método que la propia DAS conceptúa como prohibido”¹⁶. Aunque el método de caza se base en un uso tradicional, las alternativas al mismo deben ser igualmente exploradas. Es cierto que cualquier alternativa podría suponer una “erosión” de ese carácter tradicional o de los valores culturales o antropológicos de la práctica. Pero ello no es un impedimento para aplicar la necesidad por parte del Estado de explorar otras soluciones alternativas más respetuosas con el principio general de conservación. El mero hecho de que otro método de captura requiera alguna especificidad y, por lo tanto, exija abandonar algunas de las características de una tradición no basta para considerar que no existe «otra satisfacción satisfactoria» en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva «sobre las aves» (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 1996, LRBPO y AVES, As. C-10/96, EU:C:1996:504, apartado 21). En otras palabras, en el conflicto entre tradición y conservación, debe prevalecer la última.

Y con respecto a la primera cuestión elevada por el *Conseil d'État* – resuelta en segundo lugar – el Tribunal entra a dilucidar la cuestión más de fondo, es decir, si un sistema de caza que comporta capturas accesorias – aunque sean de reducido volumen y por tiempo limitado – constituye una caza no selectiva que vulneraría las prescripciones de la Directiva 2009/147/CE. La cuestión aquí requiere un análisis más detenido que se centra en dos conceptos: la selectividad del método de captura y el alcance del daño (letalidad para los pájaros).

Respecto de la selectividad, la Directiva sobre aves prohibiría de forma generalizada el uso de ligas puesto que el método de captura es, por definición, no selectivo. Caen presas dentro de la liga cualquier tipo de especie de pájaros y por ello, el Anexo IV de la Directiva contempla expresamente las ligas. Pero la pregunta del órgano nacional remitente obliga al Tribunal a pronunciarse sobre si esa prohibición de captura indiscriminada no selectiva debe aplicarse de forma igualmente estricta en los casos en los que el uso tradicional es no letal. En otras palabras, si después de la captura indiscriminada se produce la liberación de la presa, ¿se mantiene por igual la prohibición del arte de caza? Aquí el Tribunal debe confrontar la prohibición legal expresa con los objetivos de la norma. Parece que si los objetivos son la preservación de las especies y la liga tradicional no comporta la muerte del animal, la prohibición absoluta no sería idónea para proteger el objetivo último.

Al respecto, la sentencia determina que puede existir una modulación entre el método de captura, el volumen de pájaros afectados y las eventuales consecuencias sobre las especies capturadas accidentalmente:

A este respecto, debe distinguirse según que el método de captura sea o no letal. Si bien, en la primera hipótesis, debe concebirse el requisito de selectividad en un sentido más bien estricto, en la segunda hipótesis, en cambio, puede considerarse cumplido ese requisito habiéndose producido capturas accesorias, pero siempre que no se hayan capturado accidentalmente más que cantidades reducidas de otras especies, durante un período determinado, y que estas puedan ser liberadas de tal forma que el daño que sufran sea insignificante.

Así pues, si bien la circunstancia de que un método de captura que, en principio, no es letal comporte capturas accesorias no permite, por sí misma, justificar el carácter no selectivo de ese método, el volumen de tales capturas accesorias y la amplitud de las eventuales repercusiones en las especies, con independencia de si estas han sido capturadas o no accidentalmente, revelarán el grado de selectividad de tal método.

Tanto del tenor del artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva «sobre las aves», interpretado a la luz del artículo 8, apartado 1, de la misma Directiva, como de los objetivos de esta y del marco en el que se inserta, de conformidad con las disposiciones del artículo 3 TUE, del artículo 37 de la Carta, del artículo 191 TFUE, apartado 2, párrafo primero, y del artículo 13 TFUE, relativo al bienestar animal, se deduce que el requisito de selectividad del artículo 9, apartado 1, letra c), de la referida Directiva, en caso de un método de captura no letal que comporte capturas accesorias, solo puede considerarse cumplido si estas son de un volumen limitado, es decir, que solo afectan a una cantidad muy reducida de especímenes capturados accidentalmente, durante un período limitado, y si pueden ser liberadas de tal forma que el daño que sufran sea insignificante. (aps. 63 a 66).

Resulta altamente interesante como la selectividad se correlaciona con el daño. Si bien el órgano

¹⁶ GARCÍA URETA, A. Métodos tradicionales de caza y Directiva de aves silvestres. Comentario al asunto C-900/19, *One Voice*, STJUE de 17-03-2021. *Revista Vasca de Administración Pública*, 120 (2021) 227.

jurisdiccional remitente resalta que el método de captura en cuestión en el litigio principal es «en principio» no letal y solo ocasiona capturas accesorias en pequeñas cantidades y durante un tiempo muy limitado ya que el artículo 11 del Decreto de 17 de agosto de 1989 establece que toda ave que sea objeto de una captura accesorias «será limpiada y liberada inmediatamente», la cuestión no resulta convincente para la Comisión. La liga puede dañar el plumaje de las aves capturadas y ello, pese a no ser letal puede provocar un daño irreversible.

La sentencia abre la puerta a la comprobación por parte de las autoridades nacionales del alcance de los daños. Igual que corresponde a los Estados miembros motivar las excepciones a la regla general (conservación), también corresponde a ellos generar el conocimiento suficiente para apoyar el carácter inocuo de una determinada técnica de caza no letal. Al objeto de justificar las excepciones en el derecho nacional las autoridades competentes deben efectuar, conforme al artículo 9, apartado 2, letra e), de esta Directiva, los controles necesarios para garantizar que las capturas accesorias se correspondan, en la mayor medida posible, con los niveles que se habían previsto y que, si han ocasionado algún daño, este sea insignificante. De no ser así, la práctica nacional se opone a la Directiva 2009/147/CE.

III. Una lección para España

A la luz de las sentencias del Tribunal de justicia de la Unión Europea es evidente que existen brechas en el desarrollo y ejecución de la normativa española ya que permiten acciones a los privados que pueden quedar en tela de juicio.

En nuestro caso, en los últimos años las administraciones han seguido autorizando la práctica del silvestrismo de modo excepcional para casos y territorios concretos. Son unos 40.000 los aficionados a dicha práctica en España que insisten en seguir con un método que caza ciertamente histórico y tradicional pero que, aunque tenga el beneplácito de las autoridades administrativas no cumple siempre los requisitos normativos europeos puesto que se basa en capturar aves de forma no selectiva y a menudo mediante todo tipo de sistemas de trampeo como redes abatibles, captura en el nido, *paranys*, etc.¹⁷

El gobierno español solicitó hace unos años una moratoria para cumplir con la directiva de aves y elaboró un plan técnico para adaptarse a dicha norma y reducir las capturas progresivamente hasta derivarlas a la cría en cautividad exclusivamente. Sin embargo, ni se redujeron dichas capturas ni se llevó a cabo un control eficaz de la actividad para delimitar sus consecuencias. Por ello, la Comisión abrió en 2017 un procedimiento de infracción por vulneración de la legislación comunitaria y un año más tarde se recibió un aviso a través de un dictamen motivado que emplazaba al gobierno español a que las Comunidades Autónomas dejaran de utilizar el régimen de excepciones y acabaran con dichas prácticas de captura de forma inmediata.

Aunque es cierto que la mayoría de Comunidades autónomas no conceden nuevas autorizaciones para la captura de estas aves, otras han sido más permisivas¹⁸ y como siguen sin delimitar las autorizaciones excepcionales, esta laguna podría permitir a los silvestristas obtener autorizaciones para capturar aves en circunstancias concretas, por ejemplo, motivados por la necesidad de renovación de la sangre para la cría en cautividad. En todo caso, esta excepción debería ir acompañada de informes científicos que avalaran tal necesidad y de un censo previo actualizado del número de aves en cautividad.

Ahora bien, expertos en genética de fringílicos han defendido que la endogamia no podía ser una razón para conceder excepcionalmente autorizaciones para captura de aves silvestres, dado el stock de aves en cautividad que pueden ser intercambiadas entre aficionados. Según el Dictamen del Comité científico a solicitud del Ministerio competente sobre si es posible o no la cría en cautividad de las aves fringílicas que se emplean en silvestrismo para concursos de canto: “tras varias generaciones de reproducción en cautividad, la avicultura de fringílicos está ya bien implantada en España, donde se estima que hay varios miles de personas que la practican, así como en muchos otros países europeos, donde los avicultores españoles compran frecuentemente fringílicos nacidos en cautividad, para incrementar sus stocks reproductores. El elevado número de mutaciones del plumaje ya existentes, así como la amplia oferta de concursos donde sólo pueden

¹⁷ Sobre este tema vid. GARCÍA URETA. A.M. Directiva de aves silvestres: métodos prohibidos de caza, excepciones a las prohibiciones generales y caza de aves en pequeñas cantidades. Comentario al asunto c-73/03, Comisión v. España, sentencia del TJCE (Sala Segunda) de 9 de diciembre de 2004. Revista Vasca de Administración Pública, 71 (2005); y del mismo autor, El parany y los métodos masivos no selectivos de caza en la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad: notas sobre la STC 114/2013. Actualidad Jurídica Ambiental (2013). https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2013/08/2013_09_A-Garcia_Ureta_Parany.pdf.

¹⁸ El Servicio de caza y pesca de la Generalitat valenciana sigue autorizando la caza prohibida de fringílicos contraviniendo la Directiva 2009/147/CE según las denuncias presentadas a la Fiscalía de Medio ambiente del Tribunal Supremo por parte de asociaciones en defensa animal y medio ambiente.

participar ejemplares nacidos en cautividad, muestran que la cría en cautividad de estas especies no sólo es factible, sino que además está muy extendida en España. (...) De este modo es bien conocido, tanto por científicos como por avicultores, que el canto de fringílicos nacidos en cautividad puede adiestrarse perfectamente usando tantos tutores vivos, como cantos grabados en CDs de la misma especie fáciles de obtener en el mercado, y por lo tanto son aptos para los concursos de canto”¹⁹.

En definitiva, las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la UE dejan clara la cuestión de que la preservación de las actividades tradicionales de caza no puede constituir una excepción autónoma al régimen que establece la Directiva de aves, ya que como hemos visto, ha señalado que la cría en cautividad es “una solución satisfactoria” como alternativa a los métodos de caza no selectivos y dañosos.

Una de las tareas más urgentes es crear sistemas centralizados de información sobre delitos ambientales e infracciones administrativas en estos casos, así como desarrollar una metodología eficaz para valorar el daño ecológico y económico que causa la captura ilegal de fauna silvestre para poder tener constancia de la verdadera situación en la que estamos y aplicar fórmulas que garanticen la consecución de los objetivos de la Directiva de aves.

El Plan estratégico de Roma 2020-2030 para la erradicación de la caza, la captura y el comercio ilegal de aves silvestres en Europa y el Mediterráneo acordado en 2019 por el Grupo de Trabajo Intergubernamental del Convenio de Especies Migratorias del PNUMA (CMS) es un instrumento necesario, pero que debe convencer a las partes.

Según el estudio de *BirdLife International*, “The killing 2.0 a view to a kill”²⁰, en España se capturan de forma ilegal entre 103.000 y 405.000 aves al año, sin embargo, las cifras aportadas por las administraciones españolas no llegan ni al 10% de las capturas reales²¹. Ello ocurre porque las Comunidades autónomas no informan al Ministerio competente y éste no ejerce una verdadera presión para recopilar toda la información y crear una base de datos centralizada.

Además, algún gobierno autonómico, como el de Madrid, sigue abriendo la posibilidad de que se capture en vivo dichas aves²² siempre que sean machos, ejemplares de verderón común, jilgueros y pardillos con un número máximo de 1.500 al año y con la obligación de anillarlos para su control e inscribirlos en el Libro de registro de las aves fringílicas de la sociedad pajaril a la que pertenezcan. El método de captura que autoriza la Consejería de Madrid es la red sin otros medios artificiales de reclamo más que ejemplares vivos de las especies autorizadas.

Se establecen dos periodos hábiles para capturarlos según sea para la cría en cautividad o para la educación en el canto. Cuando se trate del primer supuesto, se podrán capturar de octubre a diciembre y están previstos los Campeonatos de recuento y suelta durante los cuales muchas de las aves son puestas en libertad anilladas para estudiar sus trayectos migratorios. En caso de capturas para la educación en el canto, se autoriza a cazar a machos de un año de vida todos los domingos de agosto. La administración establece tres requisitos: tener licencia de caza autonómica, ser miembro de alguna sociedad pajaril federada y la autorización del coto si es el caso. Como vemos, es cierto que la Comunidad de Madrid ha regulado pormenorizadamente la captura de estas aves de forma que sus autorizaciones parecen cumplir con los objetivos de la Directiva, pero la realidad es que es muy difícil garantizar el requisito de selectividad de las aves (género y edad) y alejar la sombra del furtivismo.

En la práctica, en España no siempre se puede aseverar que se cumplen las condiciones establecidas de excepcionar la caza masiva no selectiva “cuando no hubiera otra solución satisfactoria” y en “pequeñas cantidades” puesto que sí hay otras soluciones alternativas como han señalado los expertos (cría en cautividad) y no se cuenta con un registro centralizado de datos de las capturas autorizadas (a través de las sociedades pajariles) o de las capturas ilegales que pueda servir para ofrecer pruebas evidentes de la dimensión real de la caza y captura de aves en España y por tanto del nivel de cumplimiento de la normativa europea. En palabras de la doctrina más autorizada “si el legislador de la UE ha establecido un listado de métodos prohibidos, debido principalmente a su carácter no selectivo, solo razones muy robustas (y no meramente el recurso a la tradición) podrían justificar la adopción de una excepción al art.8 DAS)”²³.

¹⁹ Comité científico (Flora y fauna silvestre). Ministerio de Agricultura, alimentación y medio ambiente. https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/conservacion-de-especies/dictamen2016_avesfringilidas_tcm30-378928.pdf

²⁰ https://www.birdlife.org/sites/default/files/the_killing_2.0.pdf

²¹ <https://www.coe.int/en/web/bern-convention/ikb-scoreboard-assessment-table>

²² Orden 571/2021, de 27 de julio, de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura, por la que se fijan las limitaciones y épocas hábiles de caza que regirán durante la temporada 2021-2022 (BOCM de 4 agosto 2021); Orden 2432/2005, de 26 julio, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se modifica la Orden 2658/1998, de 31 de julio, del Consejero de Medio Ambiente y Desarrollo Regional, por la que se autoriza la caza de aves fringílicas en la Comunidad de Madrid (BOCM de 1 agosto de 2005).

²³ GARCÍA URETA, A. Métodos tradicionales de caza y Directiva de aves silvestres. Comentario al asunto C-900/19, *One Voice*, STJUE de 17-03-2021. Revista Vasca de Administración Pública, 120 (2021) 227.

Podemos concluir que, en España, el régimen de excepciones que se aplica a la prohibición de matar o capturar aves silvestres de forma intencionada, destruir sus nidos o perturbarlas durante el periodo de reproducción y cría es ambiguo y no ofrece el grado de protección que requiere la Directiva sobre aves, por lo que, si prosperan las denuncias contra España, la resolución del Tribunal de justicia europeo no va a diferir de la línea expuesta en sentencias anteriores.

IV. Síntesis conclusiva

Como primera conclusión podemos afirmar que los Estados miembros deben motivar de manera convincente las excepciones a la prohibición de actividad cinegética sobre especies protegidas para no conculcar la normativa europea. Para ello son determinantes los informes técnico-científicos que deben ser actualizados, previos a la decisión y suficientemente concluyentes. Ante la duda que puede generarse, entra en juego el principio de cautela que prima la conservación sobre la caza.

En segundo lugar, las cantidades globales de afectación (número de aves), no se deben calcular sobre el total europeo sino sobre cada ámbito de la autorización de caza. No se trata de fijar un umbral (1%) de las capturas, sino de constatar si, con independencia del criterio cuantitativo se afecta a la conservación del recurso.

En cuarto lugar, la mera circunstancia de que un Estado miembro sea el único que autoriza una práctica cinegética sobre una determinada especie no puede deducirse que pueda acaparar toda la cuota de afectación disponible. Por este motivo, procede examinar cuáles podrían ser los demás Estados miembros que desean beneficiarse de dicha cuota y reservar a cada uno de ellos una parte relativa, aunque en el momento de la autorización esa determinada caza se dé sólo localmente.

En quinto lugar, el carácter tradicional del método de caza no supone *per se* una excepción a la necesidad de justificar la inexistencia de soluciones satisfactorias que supongan una alternativa a la actividad cinegética.

En sexto lugar, la selectividad del método de captura se relaciona con el efecto de los daños a las aves. Así, un método de captura tradicional no selectivo puede ser admitido si las autoridades nacionales consiguen acreditar científicamente que los daños producidos a los animales que después son liberados son insignificantes. Se admite pues el uso de técnicas no selectivas siempre que éstas sean completamente inocuas (caza recreativa).

Por último, los Estados miembros deben disponer de un sistema de control administrativo suficientemente robusto para poder hacer el seguimiento de la efectiva ejecución de las actividades autorizadas.

V. Bibliografía

- ARAGAO, A. La relación entre la directiva de aves silvestres y la de hábitats, en GARCÍA URETA A.M. (Coord) La directiva de hábitats de la Unión Europea: balance de 20 años (Pamplona 2012) 45-68
- ARIAS APARICIO, M.F. Instrumentos para la construcción jurídica de la red ecológica europea de aves silvestres. Revista General de Derecho Administrativo, 43 (2016)
- ASÍS DE ROIG, A. y HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. La conservación de las aves silvestres: comentario a la Directiva 2009/147/CE del Parlamento y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009. Revista General de Derecho Europeo, 22 (2010)
- BONSU, N., MCMAHON, B., MEIJER, S., YOUNG, J., KEANE, A. et al. Conservation conflict: Managing forestry versus hen harrier species under Europe's Birds Directive. Journal of Environmental Management 252 (2019) 109676
- CAINE, C. Windfarms and whimbrel: An interpretation of the wild birds directive. Environmental Law Review, 17/3 (2015) 207-213
- EPSTEIN, Y., CHRISTIERNSSON, A. LÓPEZ-BAO, J.V., CHAPRON, G. When is it legal to hunt strictly protected species in the European Union?. Conservation Science and Practice Review (2019). Disponible en <https://conbio.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/csp2.18>
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. La directiva 79/409/CEE sobre aves silvestres y su aplicación en España: nuevas consecuencias restrictivas, esta vez en el ámbito de la caza. Revista de Derecho Comunitario Europeo, 22 (2005)
- GARCÍA URETA, A.M. La Directiva 79/409/CEE, relativa a la protección de las aves silvestres, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Revista de Derecho Ambiental, 21 (1998)
- GARCÍA URETA. A.M. Directiva de aves silvestres: métodos prohibidos de caza, excepciones a

las prohibiciones generales y caza de aves en pequeñas cantidades. Comentario al asunto c-73/03, Comisión v. España, sentencia del TJCE (Sala Segunda) de 9 de diciembre de 2004. *Revista Vasca de Administración Pública*, 71 (2005) 299-318

- GARCÍA URETA, A.M. El efectivo alcance de las Directivas de aves silvestres y hábitats (Comentario a la STJCE de 13 de diciembre de 2007, Sala 2ª, Comisión v. Irlanda, As. C-418/04). *Noticias de la Unión Europea*, 295 (2009)
- GARCÍA URETA A.M. *Derecho europeo de la biodiversidad: aves silvestres, hábitats y especies de flora y fauna* (Madrid 2010)
- GARCÍA URETA. A.M. El parany y los métodos masivos no selectivos de caza en la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad: notas sobre la STC 114/2013. *Actualidad Jurídica Ambiental* (2013).
https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2013/08/2013_09_A-Garcia_Ureta_Parany.pdf.
- GARCÍA URETA, A. Métodos tradicionales de caza y Directiva de aves silvestres. Comentario al asunto C-900/19, *One Voice*, STJUE de 17-03-2021. *Revista Vasca de Administración Pública*, 120 (2021)
- HIRSCHFELD, A., ATTARD, G. y SCOTT, L. Bird hunting in Europe: an analysis of bag figures and the potential impact on the conservation, of threatened species. *British Birds*, 112 (2019). Disponible en
https://www.researchgate.net/publication/332014881_Bird_hunting_in_Europe_an_analysis_of_bag_figures_and_the_potential_impact_on_the_conservation_of_threatened_species;
- JIMÉNEZ BUENDÍA, J.A. Comentario a la STC 114/2013, de 18 de mayo, sobre el "parany" como modalidad tradicional de captura y caza de túrdidos en la Comunidad Valenciana. *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 4/3 (2013) 1-27. <https://doi.org/10.5565/rev/da.165>
- MASSA, B. y BORG, J.J. European Birds of Conservation Concern: some constructive comments. *Avocetta*. 42/2 (2018) 75-84
- REVUELTA PÉREZ. I. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de junio de 2018, que declara que la República de Malta ha incumplido la Directiva 2009/147, relativa a la conservación de las aves silvestres (arts. 5 y 8, en relación con el art. 9.1), por permitir la captura de ejemplares vivos de siete fringílidos silvestres. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 81 (2018)
- REVUELTA PÉREZ. I. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2020 (recurso por incumplimiento): Finlandia ha incumplido la Directiva 2009/147, de conservación de las aves silvestres, por autorizar la caza primaveral del "pato de flojel" desde 2011 a 2019. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 101 (2020) 122-126