



A S O C I A C I O N
DE JUECES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



**BOLETÍN DIGITAL
NÚMERO ESPECIAL
MONOGRÁFICO
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

**Nº 10 DICIEMBRE
2016**

EDICIÓN: AJFV

**MAQUETADO Y
DISTRIBUCIÓN:
Secretaría AJFV**

**DIRECCIÓN:
COMITÉ NACIONAL**

**COORDINACIÓN:
Natalia Velilla Antolín**



EL DERECHO, LA CIENCIA Y LAS ESPECIES INVASORAS: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL CATÁLOGO DE ESPECIES INVASORAS Y LOS OBSTÁCULOS A SU CUMPLIMIENTO

**Pedro Brufao Curiel
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura**

El Derecho, la Ciencia y las especies invasoras: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo sobre el Catálogo de Especies Invasoras y los obstáculos a su cumplimiento

Pedro Brufao Curiel. Profesor de Derecho Administrativo.

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS REFORMAS DE LA NORMATIVA DE ESPECIES EXÓTICAS E INVASORAS. III. ANÁLISIS DE LA STS SOBRE LA REFORMA DEL CATÁLOGO DE ESPECIES INVASORAS. IV. EL ETERNO RITORNELLO: A VUELTAS CON LAS NORMAS DE CONVALIDACIÓN, LA RESERVA DE JURISDICCIÓN Y LOS INTENTOS DE EVITAR EL CUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA FIRME. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El Derecho de la Biodiversidad¹ se ocupa del régimen jurídico aplicable a la protección y gestión de las especies vegetales y animales, los elementos físicos del planeta Tierra que les dan cobijo y permiten y limitan su desarrollo, y a las relaciones entre ellos. Con algunos antecedentes en la Historia antigua y moderna, generalmente relacionados con el aprovechamiento de los montes, la caza y la pesca, en el último siglo ha experimentado un espectacular desarrollo en los países occidentales, sobre todo gracias al aumento de los conocimientos científicos en Biología y Ecología y a la creación de espacios protegidos, cuyas líneas principales vienen de la mano principalmente del Derecho europeo y del estadounidense, junto con el Derecho Internacional. Es decir, se trata de una de las materias donde la Ciencia y el Derecho están más estrechamente ligados, lo cual deja su impronta en la discrecionalidad del legislador y del resto de los poderes públicos².

Una de las cuestiones que han adquirido mayor relevancia en las últimas décadas es el problema de la pérdida de biodiversidad causada por la expansión de las especies que a lo largo de los siglos han evolucionado en un determinado ecosistema y que por intervención

¹ Soriano García, J. E. y Brufao Curiel, P. (2011): Claves de Derecho Ambiental. Vol II. Medio natural, biodiversidad y riesgos tecnológicos, Iustel, Madrid.

² Expuesta de modo magistral en Houck, O (2003): Tales from a troubled marriage. Science and Law in environmental policy. *Science*, núm., 302(5652): 1926-1929.

humana aparecen en otros lugares sobre los que ejercen una considerable presión, reduciendo la variedad de especies y poblaciones animales y vegetales a la vez que provocan cuantiosos daños³.

En este artículo trataremos de arrojar luz sobre una importante STS recaída sobre el RD 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula Catálogo Español de especies exóticas invasoras (CEEI), las reacciones a dicha sentencia y los serios intentos de evitar que se ejecute en sus estrictos términos, cuestión última de gran importancia para la solidez institucional, la seguridad jurídica y la defensa de la tutela judicial efectiva.

II. LAS REFORMAS DE LA NORMATIVA DE ESPECIES EXÓTICAS E INVASORAS.

La normativa sobre las especies exóticas e invasoras se remonta a la década de los años setenta del siglo XX, cuando se aprobaron diversos convenios internacionales que son de aplicación tanto en España como en la UE. Esta cuestión adquirió un mayor desarrollo gracias a la aprobación de la ya derogada Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres y de la actual Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad (LPNB), deudoras ambas del acervo comunitario, especialmente de las Directivas de Hábitats y Aves y de la importante jurisprudencia europea recaída sobre estas⁴. En desarrollo de esta LPNB, se aprobó el CEEI en el año 2011, que en definitiva constituye, con una sólida base científica elaborada durante años por grupos de investigación internacionales, el primer intento serio de afrontar este problema. El CEEI se basa en el sistema de listado de especies sobre las cuales se ha probado científicamente su

³ Brufao Curiel, P. (2012): Las Especies exóticas invasoras y el Derecho, con especial referencia a las especies acuáticas, la pesca recreativa y la acuicultura, Revista Catalana de Derecho Ambiental, vol. 3, nº 1.

⁴ En España, la STS de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, nº 714/2014, de 30 de diciembre, afirma el carácter invasor de la cabra del Atlas o arruí, para lo cual analiza el conjunto de tratados internacionales y directivas de la UE que tratan las especies invasoras.

indudable carácter exótico o invasor, para las cuales se prevén distintas respuestas administrativas sobre su posesión, comercio, control o erradicación, dependiendo de sus riesgos para la biodiversidad. Sirva como ejemplo que este modelo sigue los pasos ya tomados en materia de sanidad humana, vegetal o animal ante la presencia de diversas plagas, con la debida respuesta para evitar o reducir su propagación. El sistema y su lógica es semejante, aunque con una terminología nueva.

A pesar de este comienzo y de sus fundamentos científicos, el CEEI de 2011 y la propia LPNB se reformaron para evitar perjuicios a ciertos sectores vinculados especialmente a determinado tipos de caza y pesca recreativas. Así, del CEEI se eliminaron diversas especies de dicho catálogo, negando la cuestión de hecho científica de su carácter invasor o modificando la respuesta administrativa a dar dependiendo del año de introducción en nuestros ecosistemas, si esta la realizó la Administración o incluso el que tuviera carácter invasor en una provincia pero no en otras, cuestiones todas ellas que pusieron muy en duda la discrecionalidad técnica administrativa sobre la materia. Por su parte, de la LPNB se eliminó la referencia a razas geográficas de especies distintas a las propias de un ecosistema, con el claro fin de proseguir con las sueltas intensivas de granja de variedades de trucha común y otras especies distintas de las propias de cada cuenca fluvial o incluso subcuenca, dada la enorme diversidad biológica de las especies icticas ibéricas⁵. Este retroceso en la protección ambiental del bien jurídico de la biodiversidad autóctona, que contraviene el principio jurídico de no regresión y el de precaución en el Derecho Ambiental, fue el motivo de la impugnación del Real Decreto del CEEI de 2013.

⁵ En virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre. RÍOS CON VIDA (2013): Truchas fuera de lo común: Los perjuicios ambientales provocados por las sueltas ilegales para la pesca fluvial de ejemplares alóctonos de trucha común, Madrid. En este trabajo se exponen criterios científicos y jurídicos sobre la cuestión.

III. ANÁLISIS DE LA STS SOBRE LA REFORMA DEL CATÁLOGO DE ESPECIES INVASORAS.

La demanda de diversas entidades conservacionistas y de una asociación de pescadores recreativos que trabajan por la conservación de los ríos contra la reforma de 2013 del CEEI se basaba en la vulneración de lo ordenado por la LPNB sobre los criterios científicos y temporales acerca de las especies invasoras, así como por la vulneración de los principios jurídicos de precaución⁶ y no regresión⁷, al establecer la exclusión de ciertas especies con un carácter potencialmente invasor o claramente invasoras (como la carpa, la trucha arcoíris o el salmón del Danubio), o su exclusión del CEEI solo para una provincia, (caso del arruí o cabra montesa del Atlas), junto con diversas excepciones a la explotación del visón americano, según la actual implantación de sus granjas, la consideración como "recurso zogenético" del cangrejo rojo americano, o la caza y pesca de determinadas especies siguiendo exclusivamente criterios temporales de su introducción en España y no su carácter invasor desde el punto de vista científico.

⁶ La seguridad jurídica ha de ir de la mano de la certeza científica, sobre todo dada la remisión constante a parámetros científicos a la hora de la toma de decisiones y, asimismo, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Sobre su concepto, límites y consecuencias, vid: Esteve Pardo, J. y Tejada Palacios, J. (2013): Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid. Ya que hablamos de Ciencias de la Naturaleza, en esta obra (pág. 104 y 105), se destaca que no hablamos de la conocida figura de los conceptos jurídicos indeterminados, sino de que "los conceptos propios y característicos de las ciencias de la naturaleza y que hoy ocupan una posición central en amplios sectores de la legislación y práctica administrativa no pueden ser considerados conceptos jurídicos. Son inequívocamente conceptos extrajurídicos, conceptos de las ciencias naturales, que necesariamente han de ser interpretados y concretados extramuros del sistema jurídico por los científicos y técnicos que operan con tales conceptos. No puede disponer el juez, por ejemplo, ni de facultades ni de conocimientos para revisar la concreción que se haga por los científicos de la ecología e hidrología de cuál es el caudal ecológico de un curso de agua determinado"... o podríamos decir qué especies y subespecies pueden considerarse exóticas o invasoras.

⁷ En los últimos años asistimos a una rebaja de los umbrales de protección urbanística y ambiental, ante lo cual los tribunales han reaccionado con la elaboración, analizada por la doctrina, del principio de no regresión. Nos remitimos al trabajo de López Ramón, F. (2011): El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho español, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, nº 20.

Como puede entenderse fácilmente, la cuestión de la prueba científica era uno de los ejes del litigio, para lo cual intervinieron como peritos destacados investigadores. El TS abordó también la cuestión de la determinación del carácter invasor de una especie y su exclusión o inclusión en el CEEI, en relación con el art. 71.2 de la LJCA, dado que a los Tribunales les está vedado "determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados", al afirmar que el carácter invasor de una especie es una mera cuestión científica basada en la pertinente información especializada, no discrecional por tanto, y "a la Administración no le es lícito desatender la probada presencia de esas amenazas y excluir a su libre arbitrio, total o parcialmente, una especie de fauna o flora que sea merecedora de catalogación, en virtud de una decisión basada en criterios de mera oportunidad". El control judicial plenario de la actividad administrativa alcanza en consecuencia la inclusión de especies invasoras en el citado catálogo⁸ dado que, razona el TS, si procede la declaración de nulidad de la disposición impugnada, también procede la inclusión o exclusión de especies en el expresado catálogo en función de su probada naturaleza exótica e invasora y de la realidad constatada de que representan una grave amenaza para la biodiversidad⁹, sin que se haya de seguir previamente a la impugnación en sede judicial el *iter* procedimental administrativo que la LPNB dispone en manos de los ciudadanos para solicitar la inclusión o exclusión de una especie o subespecie en el CEEI, vía que ni impide ni condiciona el ejercicio de la acción de nulidad de una disposición de carácter general.

⁸ No se nos puede olvidar que el sistema de catalogación se emplea en muy diversos sectores: urbanismo, especies protegidas o bienes históricos y culturales, por citar unos ejemplos, materias en las que la certeza técnica y científica juegan un papel fundamental.

⁹ Con este mismo criterio se pronunció la STS de 21 de enero de 2015, Sala 3ª, Sección 5ª, acerca de una planta empleada como biocombustible, la *Nicotiana glauca*, cuyos efectos negativos no se llegaron a probar en sede judicial, aspecto insuficiente para abordar la preeminencia del principio de cautela.

Sentada la potestad de los órganos jurisdiccionales para enjuiciar la exclusión o inclusión de especies y subespecies¹⁰ en los catálogos administrativos, el TS examina el alegado por los demandantes carácter invasor y dañino para el medio natural autóctono de diversas especies de hongos, plantas, peces y mamíferos, cuya prueba fue encomendada al CSIC (el Museo de Ciencias Naturales y el Real Jardín Botánico) y a una Universidad pública, sin que recibieran acogida las alegaciones en contra de sus inclusión en el CEEI acerca de los años o siglos¹¹ de su introducción en España o que estas especies las hubiera importado la Administración pública, sirviéndose en variadas ocasiones de la lista de las cien especies invasoras más dañinas, elaborada asimismo con criterios científicos¹². Estamos evidentemente ante una cuestión

¹⁰ Las SSTSJ de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, nº 1254/2012, de 12 de diciembre, y las sentencias de esta misma Sala y Sección nº 1333/2012 y 1334/2012, ambas de 28 de diciembre de 2012, así como la nº 49/2013, de 23 de enero, confirman la legalidad de la denegación de plantación de una especie de eucalipto (*Eucalyptus nitens*) resistente a las heladas, por lo cual la superficie de este árbol exótico y con claros efectos negativos ambientales aumentaría su presencia en el Principado, a pesar del interés en su explotación comercial. Esta última sentencia fue recurrida en casación para la unificación de la doctrina, recurso inadmitido por la STS, Sala 3ª, Sección 4ª, de 16 de septiembre de 2014. El carácter invasor de esta variedad de eucalipto, reflejado debidamente con la oportuna pericial, se ha vuelto a constatar recientemente por la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, nº 300/2015, de 10 de julio, que confirmó la validez de una cláusula de exclusión de cultivo de esta especie en una concesión para vivero forestal en dominio marítimo-terrestre en Asturias por los efectos perjudiciales de este árbol. Resaltamos esta cuestión de la sentencia: "Por otro lado, el hecho de que la especie *Eucalyptus nitens* no esté incluida como especie invasora en el catálogo aprobado en el R.D 1628/2011, no implica que la Administración titular del dominio público marítimo-terrestre cuya protección y tutela tiene encomendada y en aras precisamente a dicha protección, no pueda limitar el uso de la concesión prohibiendo la citada especie vegetal de gran capacidad invasora". El Auto del TS, Sala 3ª, Sección 1ª, de 9 de junio de 2016, inadmite el recurso de casación interpuesto contra esta SAN debido a razones de la cuantía del proceso. Sobre la diferencia entre especies y sus efectos administrativos, vid. la STSJ de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, nº 229/2014, de 24 de marzo.

¹¹ El TS afirma al respecto: "... resulta secundario, hasta la indiferencia, la antigüedad en su introducción en el ecosistema o hábitat natural nuevo, porque no se precisa tal cuestión en la definición legal, al margen de que el perito zoólogo, en la emisión de su dictamen, aclaró este punto de forma clara e incuestionable, manteniendo que la antigüedad de una especie a efectos de su aclimatación o adaptación al medio nuevo no se mide con los criterios o parámetros de la duración de la vida humana, para la cual tres o cuatro siglos son un periodo de larga duración, pero no lo es del mismo modo para la evolución de las especies".

¹² En otras ocasiones, como es el caso de la carpa, el TS critica que fuera excluida en la reforma de 2013 de la lista de especies con potencial invasor del RD del CEEI, prueba de que la misma Administración consideró sus efectos negativos en la biodiversidad autóctona. La prueba científica vuelve a manifestarse como la clave de bóveda cuando se analiza el caso del salmón del Danubio, pez respecto del cual afirma el TS: "Por el contrario, de la prueba practicada en este proceso no existe una

científica, de hecho, que nos recuerda la importante jurisprudencia europea y nacional dictada sobre la Directiva de Hábitats de la UE¹³, la cual informa de modo notable el objeto de este artículo.

El hecho científico juega en el plano jurídico a su vez con la interpretación lógica y sistemática del ordenamiento aplicable a la hora de analizar exclusiones geográficas para permitir la presencia de una especie invasora en una provincia, cuando el resto de nuestro país se le aplica el régimen general derivado de su inclusión en el CEEI. Este es el caso del arruí o cabra montés del Atlas¹⁴, cuya caza en Murcia goza de cierta práctica, razón por la que la población de esta provincia fue excluida del catálogo, a pesar, como afirma el TS, de la prohibición general establecida en la LPNB¹⁵ y en el RD que la desarrolla, los principios generales y límites de la potestad reglamentaria¹⁶ de las Administraciones Públicas, especialmente su ejercicio *contra legem*, y

evidencia científica contrastada acerca de la conveniencia de la inclusión de esta especie en el Catálogo que nos ocupa, no sólo por sus dificultades de adaptación al medio y su localización geográfica restringida al río Tormes, único en que parece haberse aclimatado, sino porque el dictamen pericial no resulta concluyente en lo que respecta a la consideración de este pez como especie exótica invasora, merecedora por ende de ser catalogada en tal condición, a la vista, además, de que en este aspecto del informe se peca de cierta inconcreción, al señalarse que "...los impactos ambientales están fundamentalmente relacionados con la predación de esta especie sobre las comunidades de peces autónomos. Ha quedado científicamente constatado la desaparición de especies tras la introducción de este depredador en el ecosistema acuático", sin identificar alguna de tales especies, lo que nos lleva a desestimar la demanda -no excesivamente precisa en la descripción del potencial dañino del salmón del Danubio- en este punto".

¹³ Vid. Gallego Bernard, M^a S. (2015): La Red Natura 2000 en España. Régimen jurídico y análisis jurisprudencial, SEO/Birdlife, Madrid. Esta monografía es, sin duda, una de las más logradas sobre la materia, cuya claridad expositiva y alcance son de gran ayuda para la labor interpretativa de los jueces y magistrados que se enfrenten a litigios relacionados con hábitats y especies protegidos.

¹⁴ A lo que se suma su introducción autorizada en Andalucía, Castilla-La Mancha, Extremadura y Valencia antes de la entrada en vigor de la LPNB.

¹⁵ Cuyas únicas excepciones a la prohibición general sobre la especies exóticas e invasoras son, con clara influencia en el Derecho de la Biodiversidad de la UE y en los convenios internacionales ratificados por España, la investigación y la salud o la seguridad de las personas

¹⁶ Como es el empleo de disposiciones adicionales que contravienen el marco legal general o el recurso a las disposiciones transitorias cuando se pretende regulaciones estables en el tiempo y con efectos pro futuro. Vid. Sainz Moreno, F. y Da Silva Ochoa, J. C. (1989): La calidad de las leyes, Parlamento Vasco, Vitoria.

teniendo en mente el efecto informador de los principios de no regresión y los de prevención y cautela¹⁷.

Estos límites a la potestad reglamentaria se predicán también respecto de las excepciones previstas en el RD de 2013 con las granjas de visón americano, una de las especies invasoras más perjudiciales para nuestra fauna autóctona fluvial y especialmente para el territorio habitado por el mamífero más amenazado de nuestro continente, el visón europeo, gravemente perjudicado por la expansión de la especie americana. Entiende el TS que la prohibición general sobre esta especie queda "seriamente desdibujada" al permitirse aunque con restricciones el mantenimiento y la ampliación de las granjas existentes y la creación de nuevas explotaciones, a pesar de que se prohíba la ampliación y la creación de granjas allí donde habita el visón europeo, ya que las prohibiciones de nuestro ordenamiento son incondicionales y solo se permiten, repetimos, las excepciones relativas a la investigación, la salud y la seguridad de las personas.

El Tribunal Supremo anula también otra de las excepciones al régimen general aprobada por el CEEI de 2013, en esta ocasión bajo el concepto de los "recursos zoogenéticos" en relación con el cangrejo rojo americano¹⁸, ya que su comercialización "no guardan relación alguna" con su finalidad zoogenética, objeto esta de límites intrínsecos de carácter científico y técnico, pues esta especie no encuentra cobijo bajo la normativa aplicable de pesca marítima, al ser una especie continental. El TS señala que el RD de 2013 se contradice al calificar el

¹⁷ La STSJ de La Rioja, Sala de Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, nº 51/2015, de 12 de febrero, desestima el recurso interpuesto contra la orden de vedas de pesca continental que ampliaba la protección de la ictiofauna autóctona frente a la especie invasora perca americana o *black bass*, imponiendo su sacrificio tras su captura, dada la potestad autonómica para aumentar la protección de la biodiversidad autóctona. Esta misma doctrina la hace suya la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, nº 521/2015, de 29 de julio, sobre la misma especie y medida de sacrificio en interés de la conservación de la fauna fluvial autóctona. La competencia básica estatal de la LPNB fue confirmada por la STC 69/2013, de 14 de marzo y la STC 138/2013, de 6 de junio.

¹⁸ *Procambarus clarkii*: Una de las especies invasoras con mayor perjuicio ambiental fuera de su ecosistema y además portadora del hongo que ha llevado a casi su extinción al cangrejo autóctono (*Austropotamobius pallipes*).

cangrejo rojo como especie invasora, una de las más dañinas a escala mundial, y a continuación esta norma anula el régimen general al exceptuarlo en cuanto a su comercialización, pues, añade el TS, no se pueden asimilar la alimentación humana de una especie con un recurso zoogenético. En efecto, los recursos genéticos son la información o material genéticos empleados para la conservación, fomento o mejora de las razas gracias a la selección de los mejores ejemplares y su material reproductivo, pero no el que los ejemplares de una especie se capturen con destino a la industria agroalimentaria, burdo subterfugio empleado por la Administración que el TS declara contrario a Derecho al quedar muy lejos de las excepciones permitidas, que como sabemos ya se refieren a la investigación, la salud y la seguridad de las personas.

El empleo de disposiciones transitorias en el RD impugnado también ha sido objeto de severas críticas por el TS. La normativa reglamentaria había dispuesto diversas excepciones a la "taxativa" prohibición general de aprovechamiento de las especies invasoras objeto de caza y pesca dependiendo de que su introducción se hubiera llevado a cabo antes de la entrada en vigor de la LPNB¹⁹ y de acuerdo con una delimitación cartográfica a elaborar por las comunidades autónomas. Es decir, se protegía el *statu quo* de aquellas especies invasoras, principalmente icticas, que habían sido introducidas con fines recreativos, la gran mayoría de ellas de forma ilegal por ciertos sectores interesados en la presencia y expansión de las mismas, a pesar de la prohibición reforzada por la exclusión de su aprovechamiento tanto de las especies catalogadas como de las alóctonas no catalogadas²⁰, impuesto por la

¹⁹ El TS lo afirma así: "... el estatuto de protección y salvaguarda que brinda la incorporación al Catálogo -no cabe olvidar que estamos en presencia de especies sumamente agresivas para otras especies autóctonas y, en general, para los ecosistemas y hábitats, pues tal es un hecho probado- no puede hacerse depender de un dato superfluo desde el punto de vista de la información científica en este campo de la biodiversidad y sus amenazas, como es el momento de introducción de la especie, pues las catalogadas lo son, lo deben ser, al margen de la antigüedad de su presencia en las aguas continentales, a menos que se hubiera acreditado que el elemento cronológico resulta relevante a efectos de la procedencia de la catalogación de la especie".

²⁰ Sean o no invasoras, en cuanto al aprovechamiento cinegético o pesquero. Vid. art. 65. 2 de la LPNB. El TS añade de modo patente: "Está en la naturaleza de las cosas

evidente lógica de que la posibilidad de este es un reclamo para la suelta y expansión de especies en un número creciente de lugares, algo que está terminante prohibido en nuestro Derecho, máxime teniendo en cuenta que los ecosistemas de agua dulce son los más afectados.

No es solo que gracias a esta disposición transitoria se vulnerara la prohibición general de la LPNB, sino que el TS entendió que el RD incurría además en el vicio de distinguir donde la Ley no distingue al diferenciar los efectos jurídicos del CEEI según el lugar de la presencia de estas especies. En cuanto al pretendido carácter temporal²¹ de esta disposición, el TS afirma de modo claro que "se trata de una disposición transitoria que no es, en rigor, transitoria, sino que provee un régimen prolongado de disfrute de determinadas situaciones, por tiempo indefinido, en favor de actividades cinegéticas o piscícolas que son legítimas en su ejercicio, pero que no pueden prevalecer frente a los valores superiores que se tratan de preservar con el Catálogo".

Lo expuesto hasta ahora es, de modo resumido, el conjunto de hechos científicos y cuestiones jurídicas que sustentan la *ratio decidendi* de esta importante sentencia, la cual supone un último ejemplo de la estrecha vinculación entre la Ciencia, el Derecho y la potestad de los poderes públicos, régimen jurídico de la Biodiversidad que ha sido muy debatido desde que se dictó esta sentencia.

que la caza y la pesca, lejos de servir a los fines de erradicación de las especies catalogadas, más bien determinan su mantenimiento indefinido, cuando no la agravación, del *statu quo* actual, dificultando, si no haciendo imposible, su erradicación, que es un objetivo inequívoco de la LPNB".

²¹ Cuestión confirmada también por la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, nº 670/2014, de 27 de octubre, recaída sobre el Decreto 257/11, de 12 de agosto, que modificó el Decreto 141/1996 del Reglamento General de Caza. En efecto, la normativa castellanomanchega previó el que el arruí y el muflón, especies exóticas, fuesen consideradas objeto de caza y por tanto, de los planes técnicos de caza, algo que rechazó de plano el Tribunal ya que iba en contra de la legislación básica estatal sobre especies invasoras y vulneraba el principio de jerarquía normativa, declarando esta cuestión nula de pleno derecho, sin que pudiera acogerse a esta Disposición transitoria de anterior RD de especies invasoras.

IV. EL ETERNO RITORNELLO: A VUELTAS CON LAS NORMAS DE CONVALIDACIÓN, LA RESERVA DE JURISDICCIÓN Y LOS INTENTOS DE EVITAR EL CUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA FIRME.

Tras analizar los elementos principales de esta sentencia, creemos necesario mencionar una cuestión preocupante que se relaciona con la separación de poderes, la reserva de jurisdicción, las normas de convalidación dictadas frente a sentencias firmes y la propia ejecución de estas²².

Tras dictarse esta sentencia se produjeron diversas reacciones contra su fallo. Por lo que respecta de las manifestadas por algunos representantes públicos, estas variaron desde algunas declaraciones para evitar su correcto cumplimiento a votaciones en algunos parlamentos autonómicos y plenos municipales, así como el que se llegara a aprobar sin pudor alguno resoluciones que contradicen hechos científicos²³, ámbito parlamentario que queda por motivos obvios extramuros del científico y del mismo análisis racional de las cosas, dado que un hecho objetivo no se puede votar ni dejar de hacerlo, potestad que supone un patente baldón en la labor propia de los poderes públicos. A este respecto, traemos a colación lo afirmado por D. Eduardo García de Enterría con su habitual maestría²⁴: “No puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en

²² Recomendamos la consulta de los siguientes trabajos, recientemente publicados: Coello Martín, C. y Úbeda Tarajano, F. (2016), Inejecución de sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad penal, y Brufao Curiel, P., Normas de convalidación de actos y disposiciones administrativas anuladas en sede contenciosa, en Bauzá Martorell, F. (dir.): Derecho administrativo y derecho penal: reconstrucción de los límites, Wolters Kluwer, Madrid.

²³ Caso de la Asamblea de la Región de Murcia en el otoño de 2016 respecto de la carpa y la trucha arcoíris. Nos preguntamos, en la misma línea si se puede votar en un parlamento los fenómenos físicos, la composición de una célula, la interrelación entre especies o la posología de un medicamento.

²⁴ García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.R. (1989): Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, Madrid. 5ª ed., pág. 535 y ss.

el campo del Derecho Administrativo". Este mismo autor afirma a su vez en relación con la potestad administrativa: "El supuesto de hecho, en cuanto proviene directamente de la norma atributiva de la potestad, es siempre un elemento reglado del acto y, por tanto, perfectamente controlable por el juez", a pesar de lo cual se pueden producir actos como los que comentamos. Es más, reconocido y probado un hecho de modo firme en sede judicial, el carácter invasor de una determinada especie, queda establecido como cosa juzgada material para los eventuales litigios que puedan tener lugar, evitándose así los problemas de una nueva, costosa y redundante prueba.

También son del profesor García de Enterría estas palabras como plasmación del conocido *da mihi factum dabo tibi ius*: "El control de la exactitud o realidad de los hechos que sirven de base o de presupuesto al ejercicio del poder discrecional, con ser muy importante, no lo es todo. Tras esa verificación se abre la valoración de la calificación jurídica de los hechos, realizada en cada caso por la Administración. Tal calificación, en cuanto realizada con conceptos legales, es un problema estricto de calificación legal (...) no puede reconocerse para tal calificación legal una potestad discrecional a la Administración"²⁵.

Y nosotros añadimos con la misma lógica que si el ir contra hechos científicos comprobados queda al margen de toda discrecionalidad administrativa, tampoco el poder legislativo podría aprobar normas en las que se vaciara de todo sentido o se negara una cuestión científica, cierta, indubitada y contrastada²⁶, máxime cuando existe un pronunciamiento firme del TS que hay que respetar, a pesar de que este se ha limitado a una cuestión muy simple, que es anular unas disposiciones reglamentarias ilegales e incluir ciertas especies en los anexos del CEEI, con los efectos oportunos, y cuyo régimen sigue

²⁵ García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.R (1989): ob. cit., pág. 471.

²⁶ A pesar de la constatada crítica al papel racional de las leyes en la época contemporánea, puesta de manifiesto en su día por el maestro de juristas: García de Enterría, E. (1984): "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho", Civitas, Madrid

estando vigente²⁷. Es decir, la STS objeto de este comentario se encuentra perfectamente ejecutada al haberse expulsado de la fuente del ordenamiento las normas declaradas nulas, sin mayor consideración.

Por otro lado, es de dominio público el que los actuales responsables políticos con competencia en la materia han afirmado en múltiples ocasiones que trabajan en lograr la modificación del ordenamiento para recuperar el cobijo de las especies invasoras del que han sido desprovistas por la STS. Esta situación alcanza el paroxismo cuando se declara que la reforma de la normativa para dejar sin efecto la STS se debe a la necesidad de dotar de "seguridad jurídica" a los sectores que se benefician de las especies invasoras y de la pérdida de biodiversidad, cuando es precisamente un pronunciamiento judicial firme el que logra y establece tal seguridad²⁸. De hecho, se ha presentado a información pública este verano un borrador de reforma del RD del CEEI que simplemente vuelve a incorporar sin pudor todo aquello que ha sido declarado ilegal en sede judicial, a pesar de las referencias al respeto por las decisiones judiciales que jalonan el texto sometido a consulta. De la misma forma, tanto Extremadura como Andalucía han publicado normas y actos administrativos que recuperan el régimen aplicable anterior a la sentencia a las especies invasoras del cangrejo rojo y del cangrejo señal²⁹, con semejantes referencias a la STS que comentamos.

²⁷ No son pocas las declaraciones equivocadas o conscientemente perturbadoras que responsables públicos han realizado sobre esta sentencia, como el que las especies invasoras objeto del litigio seguían bajo un permisivo régimen jurídico mientras no se dictara una nueva regulación en una determinada orden de vedas o que se hacía precisa la reforma de la legislación autonómica al respecto para entender ejecutada la sentencia, olvidando que sus efectos son meramente declarativos. También son muestras de un pésimo entendimiento del Estado de Derecho y del respeto al poder judicial los deseos manifestados por algunos para que se retrasara la publicación de esta sentencia en el BOE, en relación con los debidos efectos *erga omnes* del art. 107.2 de la LJCA.

²⁸ El TS rechazó los incidentes de nulidad de las actuaciones de esta sentencia, llegando incluso a la condena en costas de uno de ellos. Vid. AATS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 27 de abril de 2016 y de 6 de mayo de 2016.

²⁹ Cuyo nombre científico es *Pacifastacus leniusculus*, también portador del hongo que arrasó las poblaciones de cangrejo autóctono. En el caso extremeño mediante una simple resolución administrativa, publicada en el Diario Oficial de Extremadura de 16 de noviembre de 2016. La Junta de Andalucía publicó la Orden de 3 de agosto de 2016 sobre el plan de control del cangrejo rojo en las Marismas del Guadalquivir. La

A este respecto, traemos a colación la garantía de la tutela judicial efectiva de quienes lograron la declaración de ilegalidad de unas normas y el respeto a la reserva de jurisdicción como espacio delimitado al poder judicial en el que el resto de poderes carecen de legitimidad, ya que la publicación de unas normas que contra todo hecho probado de modo científico³⁰, con el claro e indubitado fin de enervar una sentencia firme, no puede lograr amparo jurídico alguno en nuestro Estado de Derecho. De la misma forma, se vulneraría el principio jurídico de no regresión y el de cautela en la protección ambiental, normas de convalidación que en el campo del Derecho del Medio Ambiente encuentran una de sus muestras más notorias³¹. Nos preguntamos asimismo qué tipo de responsabilidad puede exigirse a unos representantes públicos que obran así, con la clara intención de evitar la ejecución de lo juzgado, ya que hablamos de la tutela de un derecho fundamental³², como ha declarado el TC en su sentencia 50/2015, de 5 de marzo, sobre la nulidad de una ley aprobada para impedir la ejecución de una sentencia anulatoria de un plan de ordenación de recursos naturales³³.

Ante esta perspectiva de la voluntad de hacer caso omiso a esta sentencia, se precisa reforzar el papel de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo y el constitucional, sobre todo a

principal tacha de legalidad de estas medidas, publicadas según diferentes declaraciones públicas para evitar los efectos de la STS, se refieren a que sin motivación basada en datos científicos se abandona la tarea de erradicación de esta especie, pues simplemente se somete a un plan de capturas o control que mantiene de hecho la situación previa de pesca, sin que se pretenda la disminución progresiva del número de ejemplares en el medio natural, lo cual contra la *ratio decidendi* de la sentencia y el propio ordenamiento.

³⁰ Recomendamos la lectura de La Torre, M. (2010): Sobre el espíritu dúctil de las leyes: Razón, racionalidad, razonabilidad, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 12.

³¹ Muñoz Machado, S. (1989): La reserva de jurisdicción, La Ley, Madrid. vid. también: Revuelta Pérez, I. (2016): La tutela judicial efectiva como límite superable a la ley singular, en Baño León, J. M^a (coord.): Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al prof. Santiago Muñoz Machado, vol. 1, CEPC, Madrid.

³² ¿Se limitaría solo a una respuesta penal en su caso como establece el art. 410 del CP?, ¿qué se podría hacer frente a actuaciones de los órganos legislativos?

³³ Sobre todo vid. FJ 8. Sentencia recaída sobre un Parque Natural de Castilla y León, región que se suma a la lista de comunidades autónomas que dictan normas singulares con el único fin de evitar la ejecución de sentencias anulatorias de planes y proyectos urbanísticos o de infraestructuras.

través del recurso de amparo, así como consolidar la seguridad jurídica mediante técnicas preventivas, de la mano de la certeza científica, que otorgan los organismos consultivos de la Administración a la hora de informar futuras normas y actos administrativos.

V. CONCLUSIONES

Esta sentencia es un ejemplo palmario de las relaciones entre la seguridad jurídica, el sistema de fuentes del Derecho y la certeza científica, así como la tutela judicial efectiva y los espacios reservados a cada uno de los tres poderes, el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

La prueba científica se convierte así en uno de los elementos definidores de este sistema de relaciones y sirve como freno a la discrecionalidad tanto de la Administración como del legislador y el poder judicial a la hora de desarrollar sus facultades y competencias, ya que la conocida como "fuerza normativa de los hechos" encuentra uno de sus medios más reconocidos en el campo de las Ciencias, donde el ámbito de discrepancia sobre el alcance de la potestad discrecional se reduce a su mínima expresión en virtud de la continua puesta a prueba de sus conclusiones y la aplicación del método científico, basado por excelencia en la refutabilidad de sus premisas y en el control mutuo entre los miembros de la comunidad científica de sus investigaciones y resultados. Lo contrario nos llevaría a la irracionalidad y al sometimiento de la objetividad de los poderes públicos a postulados arbitrarios, absurdos e inconsecuentes, en las antípodas de un Estado de Derecho.

Sin embargo, la constatación de empírica de una determinada cuestión tampoco puede llevarnos a abandonar el objeto, método y los fines propios del Derecho. Es a partir de la comprobación de un hecho cuando el mundo del Derecho despliega de modo racional su propio método y alcanza sus propias conclusiones, en aras de la seguridad jurídica, del sometimiento al imperio de la Ley y de la garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

AJFV

A S O C I A C I O N
DE JUECES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA
