

Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo, el 22 de junio de 2023, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales (artículo 36 y disposición transitoria)

(Boletín Oficial del Estado, núm. 75, 29 de marzo de 2023)

ANTECEDENTES

PRIMERO. El representante de la Sociedad [...] solicita la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 36 y la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales.

SEGUNDO. El tenor literal los preceptos cuestionados es el siguiente:

Artículo 36. Criterios generales para la inclusión de una especie en el listado positivo de animales de compañía.

1. La inclusión de una especie en el listado positivo de animales de compañía se ajustará a los siguientes criterios generales:
 - a) Los individuos de las especies deberán poder mantenerse adecuadamente en cautividad.
 - b) Debe existir documentación científica de referencia o información bibliográfica disponible sobre el adecuado alojamiento, mantenimiento y cuidado en cautividad del animal en particular o de otra similar, así como de su cría en cautividad.
 - c) No se incluirán en el listado positivo de animales de compañía especies para las que exista certeza de su carácter invasor en el ámbito territorial del lugar de tenencia o que, en caso de escape y ausencia de control, supongan o puedan suponer un riesgo grave para la conservación de la biodiversidad en dicho ámbito territorial.
 - d) Solo se incluirán en el listado positivo de animales de compañía especies de animales que no supongan riesgos para la salud o seguridad de las personas u otros animales, o ningún otro peligro razonable concreto.
 - e) No se incluirán en el listado positivo de animales de compañía individuos de especies silvestres protegidas, especialmente las incluidas en el régimen de protección especial, tanto en el ámbito estatal como autonómico, o especies silvestres de fauna no presentes de forma natural en España protegidas por el Derecho de la Unión Europea y/o los tratados internacionales ratificados por España, sin perjuicio de lo señalado para las aves de cetrería utilizadas de acuerdo con lo estipulado en el apartado 4 del artículo 7 de la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres y siempre que el Comité Científico y Técnico para la Protección y Derechos de los Animales avale dicha excepción.
2. No se incluirán en el listado positivo de animales de compañía aquellas especies de animales respecto de los cuales existan dudas razonables

acerca de la posibilidad de mantenerlas y cuidarlas adecuadamente en cautividad.

3. No podrán ser en ningún caso incluidas en el listado positivo de animales de compañía las especies exóticas invasoras en los términos definidos en el Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo español de especies exóticas invasoras.

Disposición transitoria segunda. Prohibición de determinadas especies como animales de compañía.

Desde la entrada en vigor de la presente ley, hasta la aprobación y publicación del listado positivo al que corresponda la especie (mamíferos, aves, reptiles, anfibios, peces o invertebrados) queda prohibida la tenencia como animales de compañía de los animales pertenecientes a especies que cumplan alguno de los siguientes criterios, relativos a su peligrosidad y a la necesidad de aplicar un principio de precaución en materia de conservación de la fauna silvestre amenazada:

1. Artrópodos, peces y anfibios cuya mordedura o veneno pueda suponer un riesgo grave para la integridad física o la salud de personas y animales.
2. Reptiles venenosos y todas las especies de reptiles que en estado adulto superen los dos kilogramos de peso, excepto en el caso de quelonios.
3. Todos los primates.
4. Mamíferos silvestres que en estado adulto superen los 5 kg.
5. Especies incluidas en otra normativa sectorial a nivel estatal o comunitario que impida su tenencia en cautividad.

Las personas que tengan animales pertenecientes a especies que cumplan alguno de los criterios establecidos en los párrafos anteriores, tendrán la obligación de comunicar a las autoridades competentes la tenencia de estos animales, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la presente ley.

Desde la entrada en vigor de la presente ley, hasta la aprobación y publicación del listado positivo al que corresponda la especie (mamíferos, aves, reptiles, anfibios, peces o invertebrados), las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para su intervención y puesta a disposición a centros de protección de animales silvestres, zoológicos o entidades de protección animal.

TERCERO. El representante de la Sociedad Herpetológica Valenciana interpreta que la Ley 7/2023 incurre en inconstitucionalidad por los motivos que se sintetizan a continuación:

1. Considera, en primer lugar, que el criterio de exclusión del listado positivo de animales de compañía que establece el artículo 36.1.e) de la Ley 7/2023, de los individuos de especies silvestres protegidas, tanto en el ámbito estatal como autonómico, y de las especies silvestres de fauna no presentes de forma natural en España protegidas por el Derecho de la Unión Europea y/o los tratados internacionales ratificados por España, supone una modificación del modelo vigente hasta ahora, que permitía la tenencia y el comercio de cualquier especie exótica, incluso protegida, incluida en los anexos B y C del Reglamento (CE) 338/97 del

Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio.

Estima que esta modificación obstaculiza el libre comercio de las especies incluidas en esos anexos y contraviene lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2008, —Asunto C-219/07, *Andibel*— cuyo fallo, según interpreta, obliga a que las medidas dirigidas a lograr el fin normativo nacional perseguido sean las menos restrictivas posible para los intercambios comerciales, que estén objetivamente justificadas y que no vayan más allá de lo necesario para garantizar la finalidad, algo que, en su opinión, no respeta el precepto cuestionado.

Esgrime además que la aplicación del régimen que la ley establece para los animales silvestres como animales de compañía a los «animales de especies no domésticas criadas en cautividad» (en denominación propia del solicitante), no es lógica ni congruente con la Directiva de Aves ni con la Directiva de Hábitats, que no se aplican a animales nacidos en cautividad, ni con los Reglamentos de la Unión Europea 576/2013 y el 2016/429 en virtud de los cuales pueden ser considerados animales de compañía.

2. Asimismo, en segundo lugar y por los mismos motivos, estima que el artículo 36.1.e) contraviene la Convención de 1973 sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, conocida como convención CITES.

3. En tercer y último lugar, el solicitante del recurso alega que el artículo 36 y la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2023 incurren en arbitrariedad, y que la disposición transitoria, al prever la intervención de animales cuya tenencia era legal hasta su entrada en vigor, vulnera el principio de irretroactividad de las leyes contenido en el artículo 9.3 de la Constitución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente respecto a que la adecuación del Derecho interno a las exigencias de los convenios internacionales es una cuestión que se corresponde con el ámbito de la legalidad ordinaria y, en consecuencia, de dimensión infra constitucional, por lo que rechaza entrar en el análisis de las presuntas contradicciones entre las leyes y los tratados.

Los tratados no pueden erigirse en normas fundamentales ni en criterios de constitucionalidad, por lo que no corresponde al juicio de constitucionalidad determinar la compatibilidad o no de un precepto legal con un tratado internacional. La presunta contradicción entre una norma con rango de ley y un tratado no implica que sea contraria al artículo 96.1 de la Constitución ni permite sustentar una pretensión de inconstitucionalidad de aquella.

De esta forma, cualquier análisis de compatibilidad entre un tratado y una ley se ha de dirimir en términos de legalidad ordinaria y selección del Derecho aplicable, y no en clave de contradicción con el artículo 96.1 de la Constitución (SSTC 49/1988, FJ 14; 84/1989, FJ 5; 28/1991, FJ 8, y 142/1993, de 22 de abril, FJ 3, entre otras muchas).

Es también jurisprudencia constitucional consolidada que el Derecho de la Unión Europea no se integra —ni en virtud del artículo 93, ni del artículo 96.1 de la Constitución— en los parámetros de constitucionalidad a que están sometidas las leyes, de modo que no corresponde al juicio de constitucionalidad apreciar la eventual conformidad de la ley cuestionada con el Derecho de la Unión Europea, que tiene, en todo caso, sus propios cauces. La infracción de este Derecho queda así extramuros del Tribunal Constitucional [por todas, SSTC 215/2014, FJ 3 a), y 103/2015, FJ 3].

SEGUNDO. La denuncia de arbitrariedad de las leyes ha de ser analizada con prudencia para evitar que el artículo 9.3 de la Constitución como parámetro de control imponga constricciones indebidas al legislador sin respetar sus opciones políticas. El pluralismo político y la libertad de configuración del legislador son también bienes constitucionales a proteger. Así lo sostiene el Tribunal Constitucional desde los años ochenta del pasado siglo.

De ahí que el Tribunal exija a quien invoque la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad que lo razone en detalle, más allá de la mera discrepancia, ofreciendo una justificación en principio convincente para destruir la presunción de constitucionalidad de la ley impugnada; y de ahí también que para apreciar arbitrariedad en una ley esta deba ser, desde un punto de vista material, resultado de una discriminación normativa o carecer por completo de explicación racional [SSTC 99/1987, FJ 4 a); 227/1988, FJ 5; 239/1992, FJ 5; 233/1999, FJ 12; 73/2000, FJ 4; 104/2000, FJ 8; 13/2007, FJ 4; 45/2007, FJ 4; 49/2008, FJ 5; 148/2012, FJ 15; 19/2013, FJ 2; 20/2013, FJ 7; 64/2013, FJ 5; 155/2014, FJ 6; 197/2014, FJ 5; 15/2015, FJ 4; 38/2016, FJ 8, y 98/2018, FJ 5, entre otras].

Además, al analizar la arbitrariedad de una ley invocada en el juicio de constitucionalidad no resulta pertinente realizar un análisis de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias. No corresponde al Tribunal Constitucional interferir en el margen de apreciación que corresponde al legislador democrático ni examinar la oportunidad de la medida legal para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino únicamente examinar si la decisión adoptada es plenamente irrazonable o carente de toda justificación (entre otras, SSTC 233/1999, FJ 11; 73/2000, FJ 4; 96/2002, FJ 6; 156/2014, FJ 6; 215/2014, FJ 4; 100/2015, FJ 5, y 118/2016, FJ 4).

A la vista de estos criterios, y dejando a un lado la discriminación normativa que esta institución no aprecia y tampoco es alegada por el solicitante del recurso, las normas legales cuestionadas no pueden calificarse de irracionales.

Antes al contrario, las previsiones que contienen así como los medios que establecen y los fines que persiguen quedan justificados, resultan objetivos y encuentran claro amparo en la Constitución.

Tanto el artículo 36 —en relación con los artículos 31, 32, 34 y 35— como la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2023 contienen previsiones sobre qué especies de animales silvestres podrán ser objeto de tenencia como animales de compañía, a través de dos vías complementarias:

- El establecimiento de criterios para su inclusión o exclusión de un listado positivo que ha de elaborarse en unos plazos máximos de tiempo.
- Hasta entonces, mediante una prohibición transitoria de tenencia de unas concretas especies de animales.

El listado positivo será abierto, público, de ámbito estatal y dependerá del departamento ministerial competente que deberá mantenerlo actualizado de forma permanente. Estará compuesto por un conjunto de listados de grupos de animales silvestres: listado positivo de mamíferos, listado positivo de aves, listado positivo de reptiles, listado positivo de anfibios, listado positivo de peces y listado positivo de invertebrados —que incluirá todos aquellos taxones no considerados vertebrados—, que podrán elaborarse de forma independiente (artículo 35 de la Ley 7/2023).

TERCERO. Los criterios establecidos en el artículo 36 para la inclusión o exclusión de una especie silvestre en el listado positivo persiguen, en primer lugar, evitar el sufrimiento de aquellos animales que por sus características y naturaleza no puedan mantenerse debidamente en cautividad como animales de compañía, es decir mantenidos por el ser humano, principalmente en el hogar —y no para su consumo o aprovechamiento o cualquier uso industrial o cualquier otro fin comercial o lucrativo— en lo que se refiere a su alojamiento, mantenimiento y cuidado [artículo 3 a) de la Ley 7/2023).

En ese sentido, ha de tenerse en cuenta que el bienestar animal, según el Tribunal Constitucional, conforma una «política transversal», que resulta amparada por diversos títulos competenciales, tanto del Estado como de las comunidades autónomas (STC 81/2020, de 15 de julio, FJ3). En ese mismo sentido, se pronunció el Consejo de Estado en su dictamen de 23 de noviembre de 2006, sobre el proyecto de ley luego convertido en la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio.

De esta forma, la preocupación de la sociedad actual por el bienestar animal, preocupación creciente en los últimos años, se ha ido trasladando a las políticas públicas, dando lugar a la aparición de diferentes disposiciones normativas, estatales y de las comunidades autónomas. Las leyes autonómicas sobre protección animal y la Ley 7/2023 se fundamentan en estudios realizados sobre las capacidades sensoriales y cognoscitivas de los animales, definidos como seres sensibles, y no meros objetos, y son

reflejo del sentimiento de respeto y defensa de los animales, con repercusiones culturales y ambientales.

España ratificó el 11 de octubre de 2017 el Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987, y en 2021 modificó el Código Civil para introducir un régimen jurídico de la propiedad de los animales que reconoce su cualidad de seres vivos dotados de sensibilidad, en consonancia con el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cualidad de la que se derivan exigencias en materia de bienestar.

Los artículos 333 y 333 bis del Código Civil disponen que los animales pueden ser objeto de apropiación, pero, al ser seres vivos dotados de sensibilidad, solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección.

El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en las normas vigentes.

Los animales quedan así sometidos solo parcialmente al régimen jurídico de los bienes o cosas, en la medida en que no existan normas destinadas especialmente a regular las relaciones jurídicas en las que puedan estar implicados animales, y siempre que dicho régimen jurídico de los bienes sea compatible con su naturaleza de ser vivo dotado de sensibilidad y con el conjunto de disposiciones destinadas a su protección.

Todo ello resulta acorde con la concepción del derecho de propiedad proclamado en el artículo 33 de la Constitución, que implica un conjunto facultades individuales sobre el objeto del dominio y, a la vez, un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la función social que cada categoría de bienes esté llamada a cumplir. Utilidad individual y función social definen, de manera inescindible, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes. Así lo establece la jurisprudencia constitucional de manera sostenida desde la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2.

Es obligado concluir que el fin de evitar el sufrimiento animal, perseguido por el legislador en el artículo 36 y en la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2023, encuentra acomodo en la Constitución.

Ambos preceptos persiguen también la protección y conservación de la biodiversidad, de los ecosistemas y de las especies autóctonas de fauna y flora frente a las especies animales alóctonas, especialmente las invasoras, así como la protección de la salud y la seguridad de las personas y de otros animales. Fines todos ellos que coinciden con bienes y derechos constitucionales, al entroncar de manera directa con los mandatos al legislador de protección y conservación del medio ambiente y la utilización racional de los recursos naturales, recogidos en el artículo 45 de la Constitución, y con el

derecho a la salud y la obligación de los poderes de tutelar la salud pública a través de medidas preventivas, establecidos en su artículo 43.

CUARTO. Cuando se analiza el artículo 36 de la Ley 7/2023 se colige con facilidad que los criterios generales de inclusión y exclusión de una especie en el futuro listado positivo de animales de compañía parecen necesarios, adecuados y proporcionados a los fines enumerados en el fundamento anterior.

Así, constituyen criterios relevantes, en orden a evitar el sufrimiento de los ejemplares animales objeto de tenencia, el que la especie pueda mantenerse adecuadamente en cautividad (sin que existan dudas razonables) y el que exista documentación científica de referencia o información bibliográfica disponible sobre el adecuado alojamiento, mantenimiento y cuidado en cautividad del animal.

Asimismo son relevantes para la protección del medio ambiente los criterios relativos a que las especies de animales no tengan carácter invasor en el ámbito territorial del lugar de tenencia ni supongan un riesgo grave para la conservación de la biodiversidad en dicho ámbito territorial en caso de escape y ausencia de control.

De igual manera, son relevantes para la protección de las personas y otros animales los criterios relativos a que las especies no supongan riesgos para la salud o seguridad de las personas u otros animales, o ningún otro peligro razonable concreto.

Y, finalmente, que no sean individuos de especies animales silvestres protegidas es otro criterio relevante para la protección de la biodiversidad, en concreto para la protección de especies animales protegidas en España y también para las exóticas protegidas.

Respecto a este último criterio, previsto en el apartado e) del artículo 36.1, está aceptado científicamente que un factor determinante de la disminución mundial de especies protegidas es su comercio, por lo que impedir su tenencia como animales de compañía parece una medida adecuada y necesaria, en orden a disminuir o paliar su pérdida y extinción. Difícilmente puede imaginarse medidas alternativas menos restrictivas e igualmente eficaces. Adviértase además que la tenencia y la cría en cautividad de especies protegidas no presentes de forma natural en España, y protegidas por el Derecho de la Unión Europea o los tratados internacionales ratificados por España, plantea el grave problema de que podrían resultar invasoras o suponer riesgo para la conservación de las autóctonas en caso de escape o ausencia de control.

Por otra parte, la prohibición de la tenencia de animales silvestres protegidos como animales de compañía es coherente con la prohibición genérica de tenencia de animales silvestres de especies autóctonas que contempla la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, y que ya se contemplaba en la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres.

La Ley 42/2007 prohíbe su retención y captura en vivo, sea cual fuere el método empleado o la fase de su ciclo biológico, lo que incluye la destrucción, daño, recolección

y retención de sus nidos, de sus crías o de sus huevos, estos últimos aun estando vacíos, así como la posesión, transporte, tráfico y comercio de ejemplares vivos o muertos o de sus restos, incluyendo el comercio exterior (artículo 54.5). Prohibición que se refuerza para las especies silvestres en régimen de protección especial, y dentro de estas para las amenazadas (artículos 56 y 59).

Dado que existe en el ordenamiento jurídico español desde finales de los años ochenta del siglo pasado una prohibición genérica de posesión de ejemplares vivos de las especies silvestres autóctonas (protegidas y no protegidas), en buena lógica, con fundamento en los mismos bienes e intereses objeto de protección constitucional y, sobre todo, en la protección de la biodiversidad autóctona y alóctona, es razonable prohibir la tenencia de ejemplares vivos de especies de animales silvestres exóticos protegidos —tanto por las normas europeas como por los tratados internacionales ratificados por España— y no solo de los ejemplares de especies invasoras contempladas en el Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras (artículos 54 al 61 de la Ley 42/2007).

Las mismas razones que justifican una prohibición justifican la otra. Es más, cabría constitucionalmente que el legislador incluyera la prohibición expresa de tenencia de ejemplares de animales silvestres exóticos como animal de compañía y no solo de los protegidos. Esta institución considera que desde la Ley 4/1989 hubiera incluso sido posible una interpretación sistemática del ordenamiento vigente en ese sentido, algo que sin embargo no se ha producido.

Al no haber sido así y haberse tolerado la tenencia de animales exóticos no contemplados en el Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras (artículos 54 al 61 de la Ley 42/2007) o en otros listados negativos, derivados de normas autonómicas o europeas, o de los de la Convención CITES, en estas tres décadas se ha producido un gran auge la tenencia de animales de especies exóticas como animales de compañía.

Las cifras que ofrece la Convención CITES y que manejan los estudios sobre el comercio y tenencia de animales exóticos en España, elaborados por organizaciones no gubernamentales de defensa de naturaleza, son altas y preocupantes.

Como ya se ha dicho, ha de tenerse en cuenta que los animales exóticos, incluso no siendo invasores, suponen un peligro para la conservación de la flora y la fauna y para la salud pública, la salud y seguridad de las personas y la de otros animales, así como que el hecho de que su tenencia se permita, legalmente o *de facto*, estimula el comercio legal e ilegal de especies y aumenta la presión sobre la biodiversidad en los países de origen.

Las especies exóticas pueden suponer un riesgo para la seguridad ciudadana debido en muchos casos a su naturaleza agresiva o venenosa, así como para la salud pública al tratarse de fuentes potenciales de transmisión de enfermedades zoonóticas, tal y como advierten la instituciones y estudios científicos.

Además, las especies exóticas pueden suponer un grave riesgo para la biodiversidad y el medio ambiente. Por un lado, su captura en su medio natural puede poner en peligro la supervivencia para la propia especie. Por otro, es fácil y frecuente que los animales exóticos escapen o sean liberados, con las perjudiciales consecuencias que ello implica para los ecosistemas locales.

A lo anterior se añade que las necesidades de la mayoría especies exóticas cuestionan su aptitud para la vida como animales de compañía. Esas necesidades hacen que la cautividad dificulte o imposibilite su bienestar y también hacen que su cuidado resulte complejo y en general no pueda satisfacerse por propietarios sin conocimientos especializados. Por estas razones, su tenencia como animales de compañía causa con mucha frecuencia graves problemas para el bienestar de los animales y agrava los riesgos que suponen para el medio ambiente.

QUINTO. Ante esta situación, el Catálogo español de especies exóticas invasoras, que fue aprobado por el Real Decreto 630/2013, ha sido ampliado con nuevas especies. Del mismo modo, algunas legislaciones autonómicas de protección animal, como las de la Comunidad de Madrid, Andalucía, Región de Murcia, Navarra y País Vasco, incluyen listados negativos de especies que están prohibidas en sus ámbitos territoriales por motivos de seguridad.

Sin embargo, las leyes y reglamentos que establecen estos listados negativos dejan resquicios y su cumplimiento resulta complejo de controlar, lo que explica que no hayan servido para atajar los problemas de bienestar animal, seguridad, sanidad, protección del medio ambiente y biodiversidad que se derivan del aumento de la tenencia de animales de compañía exóticos.

La creación de un listado positivo de animales de compañía cuya tenencia estará permitida, prohibiéndose todos los demás y, entre otros, los animales exóticos protegidos, enfrenta estos problemas.

El objetivo no es nuevo, ni tampoco lo es el establecimiento de un listado de especies como el instrumento principal para ello. Simplemente se pasa de un listado negativo, que hasta ahora ha dado resultados poco alentadores, a uno positivo, cuya efectividad, al ser más fácil y menos costoso el control de su cumplimiento, puede ser mayor, tal y como parece que ha ocurrido en varios países de nuestro entorno, según explica la exposición de motivos de la Ley 7/2023. Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Malta, Chipre, Croacia, Lituania, Francia y muy recientemente Italia han adoptado este sistema en los últimos años.

Es necesario en este punto aclarar que, a estos efectos, la vigencia de la Convención CITES, cuyo fin es restringir el comercio internacional de especies silvestres mediante un sistema de listas negativas, que implican requisitos más o menos estrictos en función del grado de amenaza, y a través de permisos de importación y exportación, no cambia en nada las conclusiones anteriores, dado que, de conformidad con su

artículo XIV.1, relativo a sus efectos sobre la legislación nacional, sus disposiciones no afectan en modo alguno al derecho de los Estados Partes de adoptar:

- a) medidas internas más estrictas respecto de las condiciones de comercio, captura, posesión o transporte de especímenes de especies incluidas en los Apéndices I, II y III, o prohibirlos enteramente; o
- b) medidas internas que restrinjan o prohíban el comercio, la captura, la posesión o el transporte de especies no incluidas en los Apéndices I, II o III.

Finalmente, por lo que respecta a que la elaboración del listado positivo se haga de acuerdo con criterios objetivos y científicos, el artículo 37 de la Ley 7/2023 estipula que el procedimiento de elaboración del listado se fijará reglamentariamente e introduce garantías científicas, en tanto la inclusión y exclusión del listado de una especie habrá de ser evaluada por un comité científico y técnico, que crea la ley como órgano colegiado consultivo y de asesoramiento. A su vez, los ministerios competentes en materia de transición ecológica y reto demográfico, y de agricultura, pesca y alimentación habrán de emitir informes preceptivos.

A la luz de todo lo expuesto hasta ahora, en los fundamentos segundo, tercero, cuarto y quinto, parece claro que el artículo 36 no incurre en arbitrariedad y que, se comparta o no su oportunidad, resulta razonable y justificado racionalmente.

SEXTO. Por lo que se refiere a la prohibición transitoria —hasta la aprobación y publicación del listado positivo al que corresponda la especie— de la tenencia como animales de compañía de individuos de algunas especies de animales, esta institución la considera congruente con los criterios generales recogidos en el artículo 36 para la elaboración del listado positivo y, en consecuencia, basada también en criterios objetivos y racionales, y en fines con amparo constitucional y legal, que no pueden calificarse —ni unos ni otros— de arbitrarios, tal y como se acaba de argumentar.

Para llegar a esta conclusión basta la simple lectura de la relación de animales silvestres cuya tenencia como animales de compañía queda prohibida: 1) los artrópodos, peces y anfibios cuya mordedura o veneno pueda suponer un riesgo grave para la integridad física o la salud de personas y animales; 2) los reptiles venenosos y todas las especies de reptiles que en estado adulto superen los dos kilogramos de peso, excepto en el caso de quelonios; 3) todos los primates; 4) los mamíferos silvestres que en estado adulto superen los 5 kg; y 5) las especies incluidas en otra normativa sectorial a nivel estatal o comunitario que impida su tenencia en cautividad.

Se aprecia con facilidad que se trata de especies cuya tenencia como animales de compañía se prohíbe por razones de seguridad y salud pública o porque sus características y necesidades impiden su bienestar y adecuada atención como tales.

SÉPTIMO. En cuanto a la alegación de retroactividad de la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2023, conviene precisar que las prohibiciones o límites que el artículo 9.3 de la Constitución impone a la retroactividad de las normas son dos: i) la prohibición de retroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o

restrictivas de derechos individuales»; y ii) el principio de seguridad jurídica, en su vertiente de protección de la confianza legítima, que exige la concurrencia de principios opuestos con peso suficiente para que una norma otorgue carácter retroactivo a una regulación tributaria o que establezca prestaciones públicas patrimoniales, ámbito material después ampliado por la jurisprudencia constitucional en la STC 51/2018, de 10 de mayo, FJ 5.

La regla que prohíbe la irretroactividad está referida exclusivamente a las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Y la expresión «restrictivas de derechos individuales», según la interpretación constante del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 42/1986, FJ 3, se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, esto es, a los regulados en la Sección 1.ª del Capítulo 2.º del Título I de la Constitución, es decir a los artículos 15 a 29, o en la esfera general de protección de la persona (SSTC 104/2000, FJ 6; 131/2001, FJ 5; 112/2006, FJ 17; 89/2009, FJ 4; 90/2009, FJ 4, y 100/2012, FJ 10).

Los derechos que pueden verse afectados por la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2023 son el derecho de propiedad sobre los animales, en lo que se refiere a su tenencia, (artículo 33 de la Constitución) y, forma mediata, la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), derechos que no se encuadran en la categoría de derechos fundamentales y libertades públicas, al estar ubicados en la Sección 2ª del Capítulo 2º del Título I, denominada «De los derechos y deberes de los ciudadanos», ni en la esfera de la protección de la persona, en tanto de la jurisprudencia constitucional cabe extraer que ese ámbito material debe concebirse muy restrictivamente y, dada la sistemática de la Constitución, claramente alejado de la protección de las situaciones patrimoniales o la actividad económica (artículos 31, 33 y 38 CE). Por este motivo, no opera la regla y la disposición transitoria que cuestiona el solicitante del recurso no resulta constreñida por la prohibición de irretroactividad.

Ahora bien, como se ha dicho, el principio de seguridad jurídica (recogido asimismo en el artículo 9.3 de la Constitución) en su vertiente de protección de la confianza legítima ofrece también protección frente a la llamada retroactividad impropia de las normas, que acontece cuando se la ley incide sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas.

En esos supuestos la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, teniendo en cuenta que el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen, a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico (STC 126/1987, FJ 11, con relación a un cambio en una norma fiscal, interpretación que la STC 51/2018 ha extendido a cualquier ámbito normativo).

En palabras del Tribunal Constitucional, «el legislador del pasado no puede vincular al legislador del futuro y, por tanto, no existe un genérico derecho al mantenimiento de la Ley y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas nacidas a su amparo» (STC 56/2016, FJ 3).

En ese sentido el Tribunal Constitucional ha razonado que la seguridad jurídica y la confianza legítima, que de ella deriva, no permiten consagrar un pretendido derecho a la congelación del ordenamiento jurídico existente [SSTC 182/1997, FJ 13; 332/2005, FJ 17; 237/2012, FJ 9 c), y 183/2014, FJ 3]» ni «tampoco garantiza[n] ... que en todo caso las modificaciones legislativas que se efectúen deban realizarse de modo que sean previsibles para sus destinatarios» (ATC 84/2013, FJ 3).

De esta forma, no se protege la confianza legítima en abstracto (STC 181/2016, FJ 5). El principio solo impide quebrantar, en perjuicio de los derechos del ciudadano, la confianza que hubiera sido generada por un acto del poder público conforme al cual los ciudadanos han configurado la decisión relativa a su conducta (SSTC 222/2003, FJ 4, y 51/2018, FFJJ 4, 5 y 6).

En el análisis de constitucionalidad que nos ocupa, la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2023 incide sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, en concreto sobre el régimen de relación de las personas con los animales de determinadas especies silvestres que ya poseían a la entrada en vigor de la ley o, dicho de otro modo, sobre el régimen de su tenencia como animales de compañía que resulta modificado.

Y en ese ámbito no puede invocarse ninguna norma o acto previos del poder público que permitieran a los ciudadanos confiar, de forma legítima, en que el régimen y exigencias respecto a la tenencia de animales de compañía, y en concreto el de los silvestres exóticos, iba permanecer inmutable.

Más bien al contrario, como se ha explicado en el fundamento jurídico anterior, en los últimos años se ha producido una proliferación de normas estatales y autonómicas sobre bienestar animal y dirigidas a restringir la tenencia de animales exóticos, en orden a proteger bienes y lograr fines que gozan de amparo constitucional.

Desde esta perspectiva, la ponderación de bienes entre, por un lado, la seguridad jurídica y, por otro, los diversos imperativos que han conducido al legislador a una modificación del ordenamiento jurídico (en este caso, la protección del bienestar animal de los animales de compañía, la salud y seguridad de las personas y la protección del medio ambiente y la biodiversidad) permite entender justificada y admisible constitucionalmente la retroactividad que pueda implicar la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2023 y la obligación de entrega a centros de protección de animales silvestres, zoológicos o entidades de protección animal, de los ejemplares pertenecientes a las especies que cumplan alguno de los criterios establecidos, una vez las autoridades competentes hayan adoptado las medidas necesarias para ello.

El Defensor del Pueblo no aprecia una situación de confianza legítima que pudiera fundamentar ciertas limitaciones a la acción del legislador, con el fin de respetar el principio de seguridad jurídica.

En definitiva, no sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y con la jurisprudencia constitucional considerar contrario al principio de seguridad jurídica en su vertiente de protección de la confianza legítima el cambio normativo que cuestiona el solicitante, por lo que no cabe sino concluir que la regulación impugnada se enmarca en el margen de configuración del legislador, que tiene plena libertad para elegir entre las distintas opciones posibles dentro de la Constitución.

RESOLUCIÓN

De acuerdo con los razonamientos expuestos, el Defensor del Pueblo, oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, resuelve **NO INTERPONER** el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra el artículo 36 y la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales.