

PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO PÚBLICO ARAGONÉS

D. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Catedrático de Derecho Administrativo

1. ¿PERVIVE DERECHO PÚBLICO ARAGONÉS? Tal era el interrogante que me planteaba en mayo de 1977 al dar noticia en la «Revista de Administración Pública» del interesante libro «Derecho Aragonés», de Jesús Delgado Echeverría, que acababa de salir¹. Dura había sido la fórmula del decreto de Felipe V de 29 de junio de 1707², al considerar conveniente «abolir y derogar enteramente,

1. He aquí los datos completos del libro: *El Derecho Aragonés (Aportación Jurídica a una conciencia Regional)*, Alcrudo Editor, Zaragoza, 1977. Mi comentario apareció en el número 82 (1977), de la «Revista de Administración Pública», y fue recogido luego en mi libro, *Autonomía y Autogobierno de la universidad y otros temas*, Zaragoza 1980, pp. 135-145.

2. Aunque no siempre se tiene en cuenta que los diversos territorios de la Corona de Aragón inicialmente habían recibido y jurado fidelidad con toda normalidad al nuevo monarca. Nos recuerda así Luis GONZÁLEZ ANTÓN, *Las Cortes de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1978, 189, que Felipe V «en septiembre de 1701 jura los fueros de Aragón cuando se dirige a celebrar cortes en Barcelona. Allí suscribió constituciones sumamente favorables para el Principado en el orden económico, que venían a potenciar la coyuntura favorable apreciada en los últimos años». El 6 de abril de 1702 se inician las Cortes de Zaragoza presididas por la reina M^a Luisa de Saboya: «La reina insistió en que las Cortes habían sido convocadas para la “satisfacción pública” del reino; dejó al criterio de los brazos la concesión y monto del habitual servicio y prometió conceder cuanto se le pidiera, a condición de que no significase “perjuicio de tercero, ni de regalía ni litigioso”». Véase, también, recientemente, Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *El todo y las partes*, Universidad de Salamanca, 2013. Pero luego se cambiaron las tornas y a consecuencia de muy intensas interferencias internacional, los diversos territorios que habían jurado acatamiento rompieron su compromiso y reconocieron al pretendiente Carlos de Austria, motivando la guerra civil. Sigue diciendo así GONZÁLEZ ANTÓN, *op. cit.*, 192, «Lo que resulta claro al menos es que en Aragón y Valencia se abrazó esta vez oficialmente la misma causa que en Cataluña, dando al olvido el reconocimiento de Felipe V y los juramentos de fidelidad. Tras la victoria de Almansa sobre los ejércitos aliados en septiembre de 1707, el monarca firmaba un famoso decreto llamado a tener gran trascendencia en el futuro: «Considerando haber perdido los reynos de Aragón y Valencia y todos sus habitantes por el rebelión que cometieron, faltando enteramente al juramento de fidelidad que me hicieron como a su legítimo rey y señor, todos los fueros, privilegios,

como desde luego doy por abolidos y derogados, todos los referidos fueros, privilegios, prácticas y costumbres hasta aquí observados en los referidos Reynos de Aragón y Valencia; siendo mi voluntad que estos se reduzcan a las leyes de Castilla, y al uso, práctica y forma de gobierno que se tiene y ha tenido en ella y en sus Tribunales sin diferencia alguna en nada». Dura quema de la que sólo se salvaría el Derecho civil, pues al ordenarse las dos Salas de la Audiencia, si para la Sala del Crimen había una remisión directa a las costumbres y leyes de Castilla, iba a producirse en cambio un notable cambio de dirección: «y que la Sala Civil ha de juzgar los pleitos civiles que ocurrieran, según las leyes municipales de este Reyno de Aragón, pues para todo lo que sea entre particular y particular es mi voluntad se mantengan y observen las referidas leyes municipales...». Triste final para el Derecho público aragonés que de tan buena *fama* había disfrutado.

Intentaba interrogarme entonces si a través de las ordenanzas municipales o cualquier otra variante hubiera pervivido Derecho público aragonés. Pero lo cierto es que con la amplia fórmula derogatoria del «Decreto de Planta Interina» y, por si algo hubiera quedado, desaparecería del todo a través de la legislación española del siglo XIX, como las leyes municipales, las de aguas, de minas, etc., así como la Ley de Enjuiciamiento Civil que borraría lo que hubiera podido quedar de los viejos procesos aragoneses de aprehensión, inventario o de manifestación³.

2. Este año 2015 se cumplen ocho siglos de la aprobación en Inglaterra de la Carta Magna, que firmó el rey *Juan sin tierra* en 1215 para atender a las exigencias de sus barones. En otro lugar he destacado el paralelismo, en cuanto al contenido, pero también en cuanto a las circunstancias imperantes, entre la Carta Magna y el Privilegio General de Aragón que los ricos homes le hicieron firmar a Pedro III en Zaragoza en 1283⁴. El Privilegio General no tardaría en ir perdiendo fuerza obligatoria. Al valorar la virtualidad que a través de tan diversos avatares se sigue otorgando hoy en el Reino Unido a la Carta Magna, hasta el punto de

exenciones y libertades que gozaban, y tocándome el dominio absoluto de los referidos reynos..., pues a la circunstancia de ser comprendidos en los que tan legítimamente poseo, se añade ahora la del justo derecho de la conquista...; y considerando también que uno de los principales atributos de la Soberanía es la imposición y derogación de leyes..., he juzgado por conveniente abolir y derogar enteramente todos los referidos fueros, privilegios, práctica y costumbre hasta aquí observados en los referidos reynos de Aragón y Valencia, siendo mi voluntad que estos se reduzcan a las leyes de Castilla...». Véase también, la tesis doctoral de Gonzalo BORRÁS, *La Guerra de Sucesión en Zaragoza*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1972.

3. Lo que, por cierto, me lleva a evocar la insistencia con que el siempre recordado Víctor Fairén recalca la importancia, funcionalidad y significado de esta institución.

4. Me remito a mi conferencia *Una curiosa comparación entre la Carta Magna y el Privilegio General*, pronunciada en la «Fundación Manuel Giménez Abad», el 8 de abril de 2015, y a punto de ser publicada, bajo el título *Recordando la Carta Magna en su octavo centenario y comparándola con el Privilegio General de Aragón*.

considerarla una de las piezas de su sistema constitucional, y que a lo largo de este año ha sido objeto de numerosísimas celebraciones con motivo del octavo centenario, no sólo en Inglaterra, sino también en Estados Unidos, Australia y otros países de tradición británica, no dejo de lamentarme de que aquí en España, dado lo contundente de nuestros impulsos derogatorios, no conserve su vigencia ningún texto histórico destacado, por ejemplo en materia de derechos humanos, como es el caso de la Carta Magna o, en el supuesto de Francia, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que hicieron los revolucionarios en 1789.

3. Y sin embargo, como digo, notables figuras del Derecho público aragonés, al margen de su funcionalidad cotidiana, que no es éste el momento de analizar, gozaron de muy notable fama.

He de aludir ante todo a la fuerza expansiva del mito del «Fuero de Sobrarbe». Es cuestión que ha llamado la atención reiterada de tantos estudiosos de nuestra historia, tanto próximos como de allende nuestras fronteras. No es el momento de hacer una síntesis, ni siquiera una mera enumeración, valga una remisión global. Pero sí quiero aludir, aunque sea de manera escueta, al conocido y tan influyente libro del profesor de Iowa Ralph A. GIESEY *If not, not. The oath of the Aragonese and the Legendary Laws of Sobrarbe*⁵, así como a dos recientes libros bien interesantes y de gran impacto según creo. Antonio PEIRÓ ARROYO ha escrito hace pocos años un sugestivo libro estudiando los orígenes de nuestros más extendidos mitos, que tanta proyección llegarían a alcanzar: *El árbol de Sobrarbe. Los mitos de origen del Reino de Aragón*⁶, libro bien difícil de encontrar, y que bien merecería una reimpresión.

Recordaré también sin falta lo que sería una forma complementaria de ver la cuestión, me refiero al tan completo estudio abordado por la investigadora boloñesa Clizia MAGONI, titulado «Fueros y libertades. El mito de la constitución aragonesa en la Europa moderna», cuya traducción española ha potenciado el Justicia de Aragón⁷. Sorprende, en efecto, constatar como esas palabras elementales con las que los súbditos le recuerdan al rey la obligación de respetar sus compromisos, y que de forma tan hermosa y certera expresan el contenido con que se ha trasmitido el mito, se expandieron por el mundo, desde la República de Venecia hasta los protagonistas del *Risorgimento* en Italia, pasando por otros tantos países europeos, trasmitiendo las trompetas de la fama el nombre de Aragón por doquier. Sonaban muy bien, en efecto, las supuestas palabras del juramento que el nuevo monarca debía asumir, antes de que los súbditos le prestaran a él juramento de fidelidad: «Nos, que valemos tanto como vos os hacemos nuestro

5. Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1968.

6. Delegación del Gobierno en Aragón, Zaragoza, 2005.

7. Clizia MAGONI, *Fueros y libertades. El mito de la constitución aragonesa en la Europa moderna*, traducción de Antonio Pérez Martín, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012.

Rey, y Señor, con tal que nos guardeys nuestros fueros, y libertades, y sino, No»⁸, que, por cierto, suenan muy bien en la versión inglesa: «if not, not».

4. Pero más allá de la versión que del mito se ha ido dando en cada tiempo histórico según las conveniencias y aspiraciones, hay un episodio señero en la evolución del constitucionalismo español en el que quiero detenerme ahora sin falta. Y es que, en efecto, en la historia de «la fama» del Derecho aragonés, hay una pieza que me parece del mayor interés, teniendo muy en cuenta, de forma especial, el momento tan significativo en que se produce. Me refiero al «Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella». Se trata de la Constitución de Cádiz, habiendo estado la lectura a cargo de Agustín de Argüelles, principal responsable a su vez, como parece, de la redacción del mismo⁹. Es muy grato constatar los reiterados elogios que se dedican al Derecho de Aragón a lo largo del *Discurso*. Conocida es la metodología a la que responde el señalado interés. Así como los franceses, en la Revolución, quisieron marcar una ruptura rigurosa con «l'Encien Regime», lo que se refleja por ejemplo en el artículo 16 de la citada Declaración de 1789, en el que se afirma que no tiene constitución una sociedad en que no están garantizados los derechos ni asegurada la separación de poderes, lo que en tan pocas palabras expresaba a las claras un manifiesto rechazo de la experiencia histórica, en cambio, los constituyentes de Cádiz de 1812, siguiendo la tesis de Martínez Marina, se empeñaron en recalcar que la constitución que estaban redactando era una síntesis del Derecho histórico español, una especie de expresión sucinta de lo que sería una innegable «constitución histórica». Aunque bien sabido resulta que si lo que intentaban era convencer a Fernando VII para que aceptara las «limitaciones» de la monarquía absoluta que la nueva Constitución representaba, el «ardid» no sirvió para nada, pues en cuanto regresó en 1814 «el Deseado», de un zarpazo acabó con la Constitución y con la libertad, e incluso con la vida de tantos «liberales», dando alas a la emigración por razones políticas.

El caso es que en el Discurso Preliminar abundan las menciones a las instituciones positivas de los antiguos territorios, entre las que me parecen muy de destacar las dedicadas a Aragón. Se trata de un capítulo de cierto peso, con abundantes referencias, si bien ahora me limitaré a transcribir dos de ellas. Citas largas, pero que vale la pena considerar dada su enjundia. Comencemos con el siguiente texto, tan expresivo: «A mas de los límites indicados de la autoridad real en Castilla, en Aragón se miraba la freqüente convocación de Cortes como

8. De los diversos textos disponibles, éste es el ofrecido por Antonio Pérez, en sus *Relaciones (Relaciones de Antonio Perez secretario de estado, que fue, del Rey de España Don Phelippe II, deste nombre)*, que yo tomo del citado libro de Ralph A. Giesey, pp. 161 y Apéndice I. Curioso el matiz de la fórmula ofrecida por Gerónimo Blancas, en su inicio: «Nos tan buenos como vos, é que podemos más que vos...», que tomo también del apéndice del citado libro de Giesey.

9. Véase últimamente, José Manuel PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACÓ, *Argüelles o la radicalidad constitucional*, en «El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho», 56, noviembre 2015, p. 6.

el medio más eficaz de asegurar el respeto y observancia de las leyes. En 1283, en el reinado de Pedro III, llamado el Grande, se estableció: *Que el Rey haga Cort general de aragoneses en cada un año una vegada*. La paz y la guerra la declaraban las Cortes a propuesta del Rey. Con este derecho, que se había reservado el reino, se ponía un nuevo freno a la autoridad real, para que con pretexto de una guerra voluntaria o siniestramente provocada, no se oprimiese a la Nación, y se la privase de su libertad. Las contribuciones eran, igualmente que en Castilla, otorgadas libremente por la Nación reunida en Cortes, en donde se tomaba cuenta de su inversión, y se pedía residencia a todos los funcionarios públicos del desempeño de sus cargos. Además de la reunión periódica y frecuente de las Cortes, tenían los aragoneses el privilegio de la unión; institución tan singular, que ninguna otra nación conocida ofrece ejemplo de esta naturaleza —su objeto era oponerse abiertamente a la usurpación que hacía el Rey o sus ministros de los fueros o libertades del reino, hasta poderle destronar y elegir otro en su lugar *encara que sea pagano*, como dice el secretario Antonio Pérez en sus *Relaciones*. Su modo de proceder estaba determinado por reglas fixas. Su autoridad se extendía hasta expedir mandatos, y exigir de los Reyes la satisfacción de los agravios cometidos contra el reino, como sucedió con Alfonso III de Aragón. Pero esta asociación formidable a la ambición de los ministros y los Reyes, pereció por la fuerza de las armas a manos de Pedro IV, llamado el del Puñal, quien en el año de 1348 consiguió que las Cortes la disolviesen. Abolido este privilegio todavía quedó el Justicia, cuya autoridad servía de salvaguardia a la libertad civil, y seguridad personal de los ciudadanos. Su inmenso poder; la protección que le dispensaban las leyes para asegurar su independencia en el desempeño de sus augustas funciones; el privilegio de la manifestación ejercitado ante él para facilitar a los reos el medio de defenderse contra el poder de los ministros; el derecho de capitanear a los aragoneses, aunque fuese contra el mismo Rey o su sucesor, si introducían en el reino tropas extranjeras, constituían la parte principal de su extensa autoridad, que no menos que la de la unión acabó para siempre en la desgraciada dispersión que tuvieron los aragoneses, mandados por el último Justicia D. Juan de Lanuza, al acercarse los soldados castellanos, enviados contra fuero por Felipe II, a sujetar a Zaragoza: a esto se juntaban diferentes leyes y fueros que protegían la libertad de los aragoneses, como el de no poderseles dar tormento, quando al mismo tiempo en Castilla y toda la Europa estaba en toda su fuerza el uso de esta prueba bárbara y cruel»¹⁰. Me parece que no se puede pedir más de un texto que muestra desfallecimientos y pérdidas, pero que no menos, en esa tónica de la buena fama, destaca virtudes y valores.

No menos enaltecedor resulta otro de los pasajes: «La Comisión, Señor, si no fuera por no alargar demasiado este discurso, presentaría a V.M. nuevos testi-

10. He transcrito el texto, que en algunos aspectos —aunque no en otros— modernizo, de la reimpresión hecha en Sevilla, 2000, del volumen *Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812*, Cádiz: Imprenta Real, 11-14.

monios de la sabiduría de la antigua Constitución de España en el esencialísimo punto de la libertad civil. Ninguna nación de Europa puede acaso presentar leyes más filosóficas ni liberales, leyes que protejan mejor la seguridad personal de los ciudadanos, su honor y su propiedad, si se atiende a la antigüedad de su establecimiento, que la admirable constitución de Aragón. La sublime institución del Justicia mayor, y el modo de instruir el proceso criminal, serán siempre el objeto de la admiración de los sabios, del anhelo de los hombres de bien, y del ardiente deseo de los que aman de corazón la libertad nacional»¹¹.

Insisto que me parece sobresaliente destacar tan cualificada atención en momento tan señalado de nuestra historia constitucional¹². Sin duda, los clarines de la fama fueron generosos con el Derecho público aragonés.

5. Pero sin perjuicio de su influencia y de su fama, lo cierto era, como podía responder en 1977 a mi interrogante, que no pervivía Derecho público en Aragón. Tiempo hacía que a diferencia del Derecho privado, el Derecho público aragonés quedó reducido a un mero recuerdo histórico.

Difícil imaginar cuando entonces me planteaba tal interrogante, como en breve iban a cambiar las circunstancias. En efecto, la promulgación al año siguiente de la Constitución de 1978, había de alterar radicalmente el panorama. La Constitución hizo una apuesta decidida por la regionalización, y es así como Aragón iba a adquirir una cierta entidad, en ese complejo intento de armonía de un Estado con 17 regiones. Lo que, como enseguida paso a detallar, iba a reflejarse de manera señalada en nuestro tema del Derecho público.

Pero antes de continuar con esta línea, no estará de más hacer un pequeño inciso para establecer algunas puntualizaciones sobre el Derecho en el tiempo y en el espacio. El Derecho, en principio, conoce un ámbito territorial determinado, aquel abarcado por quien ostenta el poder político, una de cuyas manifestaciones suele ser la de la promulgación de las normas, territorio concreto y limitado en el que arraiga este Derecho, y en el que, a la par, se desarrollan los usos y costumbres. Territorio que, obviamente, va variando según el tiempo y las circunstancias. A su vez, también según las circunstancias, ese poder del que emanan las normas, puede ser amplio, incluso ilimitado —recordemos la teoría de la soberanía—, o acaso tenga que convivir con otras normas, exteriores o superiores que reduzcan la valencia e intensidad de ese ordenamiento.

11. *Op. cit.* 57.

12. No me parece ocioso recalcar que Ralph A. GIESEY, *If not, not*, cit., 3 ss., destaca cómo el estudioso catalán Victor Balaguer, en los debates sobre la Constitución de 1869, insistía y proponía como modelo la fórmula democrática del antiguo Reino de Aragón, así como que en la discusión, Olózaga ponderaba la famosa institución aragonesa de la *manifestación*, equivalente al «habeas corpus» del Common Law, recalcando que en sustancia lo que la manifestación representaba había sido incorporado al proyecto de Constitución.

En el hipotético supuesto de «los señores de Sobrarbe», podríamos imaginar que éstos y su rey ejercían un poder ilimitado, en un territorio en cambio bien limitado, aunque con vocación, en la hipótesis, de ir extendiendo sus fronteras. Entrando ya en el supuesto de los documentos escritos, con existencia probada e indudable, las *cartas de población*, ofrecían solución para los diversos problemas del vivir, con gran amplitud, en un ámbito territorial bien delimitado, fenómeno este de las cartas pueblas que se iría multiplicado según las necesidades de la conquista y repoblación¹³. Más adelante, los *fueros*, se proyectarían a un territorio más amplio. Llegaría la *compilación*, como la famosa de Huesca, de Vidal de Canellas, de 1247, a la que páginas tan interesantes ha dedicado Jesús Delgado, reuniendo y sistematizando el Derecho disperso, ofreciendo así gran amplitud, tanto en profundidad como en extensión. Afianzado el Reino de Aragón, y en el largo periodo de su existencia como tal, su Derecho abarcaría en principio todo el Reino, con la amplitud e intensidad necesarias para cubrir todas las necesidades vitales de aquella sociedad.

6. ¿Qué sucede hoy? El mundo ha cambiado y sigue cambiando a pasos acelerados. Orgullosos de nuestra integración en España, Aragón es hoy una de las 17 regiones dentro del Reino de España. De hecho, en una especial situación de *convivencia* en cuanto a lo normativo, el Estado manifiesta una presencia muy intensa en todo su territorio, de forma que el ordenamiento jurídico español es un conjunto muy espeso que cubre, abarca y reglamenta casi todo. Pero a su vez, desde hace unos años —estamos celebrando precisamente el 30 aniversario—, España quedó integrada en la Unión Europea, dotada a su vez de un ordenamiento jurídico de gran intensidad, con poderosa fuerza expansiva, que tendrá primacía y que, incluso, desplaza al Derecho de cada uno de los 28 Estados miembros. Hasta el punto de que un elevadísimo tanto por ciento del Derecho que se aplica ahora aquí en España es Derecho de la Unión Europea («comunitario», decíamos hasta hace poco). La organización arrancó centrada en el Derecho de la economía, del mercado y de la libre circulación pero, como digo, se va expandiendo atrayendo los campos más diversos, no sólo el mercantil, el de la industria, el de la agricultura, el laboral, el del medio ambiente, el de las hipotecas, como se ha visto recientemente, pero incluso el penal o procesal.

7. Volvamos a nuestra línea, con la constatación de que la Constitución de 1978 apostó decididamente por la regionalización y la «autonomía» de los territorios —lo que, como es bien sabido implica poderes limitados, cosa que algunos pretenden ignorar—, de manera que Aragón será una de las regiones, a la que ha de corresponder un cierto protagonismo. Tras la fase de «preautonomía», en 1982 llegó el Estatuto de Autonomía, que luego se iría modificando en pasos significativos.

13. Véase por todos, María Luisa LEDESMA RUBIO, *Cartas de población y fueros turolenses*, Instituto de Estudios Turolenses, Teruel, 1988.

Pero aquí debo referir una precisión, que sin duda es ya agua pasada, que quizá a alguno no le agrada que se recuerde, pero que no es sino reflejo de la realidad. La Constitución partía del dato inequívoco de que sería excepcional que inicialmente las Comunidades Autónomas tuvieran Asamblea Legislativa, es decir, que pudieran promulgar leyes y convertirse por tanto en protagonistas del Derecho. Bien clara resulta la dicción del artículo 147, en el que se describe el modelo común de estatuto de autonomía, y en el que no figura la asamblea legislativa. Ésta sólo estaba contemplada de manera excepcional en el artículo 152 para algunas regiones «cualificadas». En este punto, se incumplió manifiestamente la Constitución. Lo recordaba hace unos meses desde otra perspectiva, en las celebraciones de los 25 años del Tribunal Superior de Justicia de Aragón: el 152 así mismo contemplaba los Tribunales Superiores de manera excepcional, sólo para las regiones cualificadas¹⁴. No está mal reflexionar y asumir que las cosas no se desarrollaron como se pensó. Aunque está claro que eso es agua pasada y hay que atenerse a lo que realmente sucedió.

Automáticamente, sin periodo de espera y adaptación, se crearon Asambleas Legislativas en las diecisiete Comunidades Autónomas. Pero, aparte de eso, de ser un órgano intermitente, servido por titulares de otros órganos, como claramente reflejan los Estatutos de Autonomía de aquel periodo, se apostó por organizaciones permanentes, con titulares en régimen de dedicación exclusiva y pronto se manifestó una inexplicable duplicación de órganos, de cuyo excesivo coste nos hemos resentido sin falta, por más que resultara una fórmula muy apetecible para los partidos políticos, que disponían así de abundantes plazas para ir acomodando a sus partidarios. Y comenzaron a hacerse leyes. En nuestro caso, comenzó a fluir de nuevo un Derecho público aragonés. Sabedor todo el mundo —aunque eso es como si se hubiera querido olvidar— del escaso margen de disposición, pues el ordenamiento aragonés había de encontrar su espacio dentro del ordenamiento español, y éste dentro del ordenamiento europeo. Recordaréis la fórmula que se generalizó en los Estatutos de Autonomía, a la que no fue ajeno Sebastián Martín-Retortillo, en la dura discusión del primero de los Estatutos de Autonomía, el vasco: competencia *exclusiva* de la Comunidad Autónoma, sí, pero «en el marco de lo que dispone la Constitución», o «dentro del ámbito del 149», etc., sin que importara que el término «exclusiva» perdiera así su significado originario.

Es decir, tocar muchas materias, pero pudiendo profundizar muy poco en cada caso. Incluso, en lo que serían los aspectos más característicos de orden constitucional, es decir, la estructura política, el tema quedaba prácticamente agotado en la Constitución, en el Estatuto de Autonomía, y en las grandes leyes, como la Electoral o la de Bases de Régimen Local.

14. Véase mi trabajo «¡Y se instauraron los Tribunales Superiores de Justicia!», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 165 (2014), pp. 527-539.

Con esas limitaciones, que algunos tienden a olvidar, se inició la nueva andadura. ¡Impresiona el número de leyes elaboradas por las Comunidades Autónomas! Me he entretenido un rato consultando la página web de las Cortes de Aragón y no puede por menos de sorprender el número de leyes aprobadas. ¡Cuánto trabajo! ¡Qué enormes esfuerzos! Y, en otro sentido, que no siempre se menciona, ¡vaya coste económico de toda la operación! Pero también —y lo digo con carácter general, pensando en toda España y no sólo en Aragón—, ¡cuánto trabajo inútil! En tantísimas ocasiones, se hubiera podido funcionar con modelos únicos para toda España, sin necesidad de tener que hacer 17 leyes, que salvo algún detalle mínimo todas vienen a decir lo mismo. Teniendo muy presente, como me gusta repetir, que no sólo el mundo, sino también España, se van quedando mucho más pequeños, dada la facilidad de los transportes y dada la movilidad de la vida cotidiana. Un ejemplo bien claro se ofrece en el ámbito del urbanismo con la vieja y tan prestigiosa Ley del Suelo: funcionaba, estaba asimilada y arraigada, y servía para resolver los problemas, sin perjuicio de que la Comunidad Autónoma que lo deseara hubiera podido completar el sistema o añadir algún pequeño retoque. Pues no señor, alguien se empeñó, y hubo que derribar todo el edificio para construir, a veces a toda prisa, 17 regulaciones nuevas. O, este otro ejemplo: ¿un único estatuto en defensa del consumidor y usuario, de validez general —pues, como digo, los españoles viajan con frecuencia de un territorio a otro—, o diecisiete, que vienen a decir prácticamente lo mismo? Etc., etc.

8. Impresiona, como digo, la nómina de leyes elaboradas por las Cortes de Aragón, así como de decretos legislativos con los que el Gobierno de Aragón aprobaba el correspondiente texto articulado o refundido.

He aquí, sin afán de cansar, pues es algo que todo el mundo conoce, una breve enumeración. Aparte de las leyes aprobando los presupuestos de la Comunidad Autónoma para cada año, mencionaría las siguientes, que expongo de forma escueta y sin entrar en detalles: electoral, hacienda de la Comunidad Autónoma, patrimonio, Banco de Tierras, ordenación de la acción social, mancomunidades de municipios, comunidades aragonesas fuera del territorio, Tribunal Económico Administrativo, Instituto del Suelo y la Vivienda, relaciones entre la CA y las Diputaciones Provinciales, iniciativa legislativa popular, tasas, Cajas de Ahorros, Consejo Social de la Universidad, del juego, patrimonio cultural, ordenación farmacéutica, consejos escolares, saneamiento y depuración de aguas residuales, del Presidente y del Gobierno, de caza, del deporte, de montes, aprovechamiento de pastos, horarios comerciales y apertura en festivos, disciplina turística, Instituto de la Mujer, protección de las mujeres víctimas de violencia, Consejo de la Juventud, infancia y adolescencia, función pública, Cámaras Agrarias, Corporación aragonesa de RTV, Instituto Aragonés de Empleo, ordenación y participación en la gestión del agua, urbanismo, cooperación, salud escolar, archivos, museos, bibliotecas, autoridad del profesorado, educación permanente, del Justicia de

Aragón, Consejo Consultivo, uso de la bandera y el escudo, pesca, carreteras; medidas fiscales, financieras, de patrimonio y administrativas; ordenación del sistema universitario de Aragón, reconocimiento de la Universidad Privada San Jorge, promoción de la accesibilidad y superación de barreras arquitectónicas, Instituto Aragonés de Fomento, Instituto Tecnológico de Aragón, Servicio Aragonés de Salud, Entidad de Servicios Telemáticos, parques culturales, vías pecuarias, voluntariado social, actividades feriales oficiales, calidad alimentaria, expropiación forzosa para regadíos, protección civil, lenguas y modalidades lingüísticas, contratos del sector público, espectáculos y actividades recreativas, coordinación de policías locales, calidad de los servicios públicos, educación permanente, aguas y ríos, dignidad de la persona en el proceso de la muerte, drogodependencias, silencio administrativo, incendios, contaminación acústica, víctimas del terrorismo, compatibilidad de proyectos de nieve y desarrollo sostenible, espacios protegidos y leyes singulares de creación de los mismos; misma fórmula: de comarcas y singulares de creación de cada una de las comarcas; de colegios profesionales y de creación de concretos colegios profesionales, no pocos de ellos cuestionables pues la rigurosa fórmula «colegio profesional» como la contempla la Constitución no se explica para ese tipo de actividades; etc., etc.

Afortunadamente, tenemos muy buenos juristas que han ido ordenando y sistematizando el tan vasto ordenamiento jurídico aragonés. Sin afán exhaustivo, valga una leve muestra con testimonios indicativos. Recordaré, así, los tempranos «Comentarios al Estatuto de Autonomía de Aragón», que editados por el Instituto de Estudios de Administración Local en 1985, fueron dirigidos por José Bermejo Vera, que aglutinó a una brillante pléyade de comentaristas¹⁵; se han sucedido muy interesantes libros colectivos, del tipo de «Derecho de las Instituciones Públicas de Aragón», que con la participación de muy cualificados estudiosos editó el Justicia de Aragón en 2001, y que he seleccionado, entre los varios disponibles, como recuerdo a Manuel Giménez Abad, al que está dedicado¹⁶; muy destacable la labor de la «Revista Aragonesa de Administración Pública», que viene animando Fernando López Ramón, y a la que ha pasado a acompañar más recientemente, el «Anuario Aragonés del Gobierno Local», dirigido por Antonio Embid Irujo; y en fin, tantas otras actividades, tipo jornadas y cursos, debidos a la iniciativa de la Facultad de Derecho, del Justicia de Aragón, de los Colegios de Abogados y de otras instituciones, entre las que destaco este «Foro de Derecho Aragonés», en que felizmente nos encontramos, y cuyo vigésimo quinto aniversario es muy de celebrar. Se cuenta así con una importante masa crítica presta a velar por la calidad del sistema jurídico.

15. *Comentarios al Estatuto de autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón*, dirigidos por José BERMEJO VERA, con diecisiete colaboradores, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, 914 págs.

16. *Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001, catorce colaboraciones en 973 págs

Jubilosas referencias, aunque siempre suele aparecer algún pero. Lo destacaba en las celebraciones de los 25 años del Tribunal Superior de Justicia de Aragón: contamos con excelentes juristas, pero el ordenamiento jurídico es un auténtico laberinto en el que se precisa una excelente formación para no perderse o zozobrar. Esto lo decía del ordenamiento español, el del Reino de España, pero me parece que el juicio puede proyectarse también a los ordenamientos regionales, al fin y al cabo están integrados en aquel, y no tienen vida autónoma sino que hay una constante interconexión.

9. Dedicaré la última parte de mi intervención a algunas reflexiones sobre el ordenamiento jurídico aragonés, sin entrar en detalles de contenido, sin estudiar ni valorar las instituciones, lo que excede sin duda las pretensiones de nuestro encuentro de esta tarde. Me fijaré en cambio, con afán de llamar la atención y animar a su mejora, en cinco aspectos referentes a la metodología de las normas, que evidencian a mi entender no sé si improvisación, oportunismo o falta de preparación. Quede claro que lo que digo ahora nada tiene que ver con los esfuerzos, acuerdos y guía para resolver problemas de tantas de las leyes que forman el ordenamiento jurídico aragonés. Hay, sin duda, mucho trabajo metido, muchas ilusiones y mucho debate y diálogo también. Para nada se vean mis observaciones como una descalificación global. Se trata, como se verá, de críticas menores. Pero el caso es que, reflexionando sobre las leyes de Aragón de esta nueva etapa —insisto que lo mismo se puede decir de las demás regiones—, encuentro ciertas peculiaridades nada encomiables, que de alguna manera vienen a empañar ese instrumento casi sagrado que los juristas consideramos es la ley, y que debería reclamar todo tipo de cuidados.

A. Antes de nada, sin entrar aún en las leyes, un detalle curioso, que tal vez muchos de Uds. no conocerán, pero que es sintomático de la falta de interés por la calidad de las normas. Cuando se tramitaba el segundo Estatuto de Autonomía de Aragón, el hoy vigente, aprobado por la L.O. 5/2007, de 20 de abril, los servicios jurídicos de las Cortes Generales elaboraron con acierto y con cuidado un minucioso informe, detallando una larga lista de pequeños defectos del nuevo texto; destaco que si la lista era larga los defectos eran menores, algunos meramente gramaticales, pero cuya consideración sin duda hubiera mejorado la redacción: «Ah, no, el Estatuto tenía que estar listo para el día de San Jorge, y no se podía perder tiempo en bagatelas». Y así quedó.

B. No existieron bajo la vigencia del primer Estatuto de Autonomía, el de 1982, pero desde que se introdujeron en el segundo, han ido haciendo su aparición los **decretos-leyes**, a la mayor parte de los cuales no se les ve justificación. Ya sé que es un mal generalizado en toda España, empezando por el Gobierno de la Nación, pero ello no obsta a que haya que ser muy crítico con ellos, dada la ruptura que representan del principio de separación de poderes y dada la marginación que implican de los representantes populares. De hecho es un tema que está preocupando a nuestra mejor doctrina, de forma que a las críticas de

los trabajos pioneros de Javier Salas, hay que añadir las de los recientes trabajos de Roberto González de Zarate, Luis Martín Rebollo y Manuel Aragón Reyes, entre otros.

C. Sorprende la enorme cantidad de «corrección de erratas» que aparecen en el diario oficial a los pocos días de publicarse una ley. No son ni una ni dos, sino numerosísimas. Lo que con frecuencia, multiplica el trabajo y puede ocasionar despistes. Aparte de que a veces salta la duda de si será una mera corrección, o será algo más. Alguien debería tener un poco de cuidado para que se hicieran las cosas bien.

D. Pero de mucha mayor entidad me parece la siguiente observación: impresiona el continuo baile de modificaciones a que son sometidas tantas leyes, algunas de gran trascendencia y de frecuente aplicación. Inestabilidad que trae locos a quienes tienen que aplicar el Derecho, a los ciudadanos destinatarios de la norma, a quienes tienen que enjuiciar las reclamaciones y, por supuesto, a quienes tienen que enseñar en la Facultad. Aparte del coste económico y de tiempo que representa tan frecuente necesidad de adaptación. Por supuesto que hay que hacer frente a las nuevas necesidades y circunstancias, pero me parece que muchas veces no es cuestión de ello, sino de improvisación y oportunismo. Una ley bien preparada y previsoras, aguanta muchas circunstancias, pero no se justifica sin más el incesante cambio de criterios.

E. Por último, un aspecto que juzgo de gran trascendencia: son demasiados los supuestos en los que el legislador aragonés ha obrado desconociendo la Constitución, por lo que ha debido sufrir la correspondiente reprimenda del Tribunal Constitucional.

Empezando por el propio Estatuto de Autonomía de 2007. Aunque advertiré que no es fenómeno exclusivo de Aragón, sino que ha sido frecuente en los Estatutos que comenzaron a elaborarse pronto hará diez años. Lo cual es testimonio de la falta de criterio, de respeto o de la osadía de los políticos responsables de esa nueva hornada. Una nueva generación de políticos que ha obrado con un talante tan diferente de los que protagonizaron el desarrollo de los primeros Estatutos de Autonomía. Recuérdese que, de esta nueva serie, la inconstitucionalidad se pronuncia por el Tribunal Constitucional afectando en algún punto, al menos, a los nuevos Estatutos de Valencia, Andalucía, Castilla y León o Cataluña, del mismo modo que Aragón no se libró de que alguna disposición fuera objeto de «interpretación conforme», aparte de que, sin perjuicio de que no fueran impugnados en su caso, le afecta también, según el artículo 164 de la Constitución —que proclama la plenitud de efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional—, la descalificación pronunciada para preceptos similares a los suyos contenidos en otros Estatutos.

Me parece que hasta el momento han sido 13 los supuestos en que el Tribunal Constitucional ha encontrado tacha de inconstitucionalidad. Sin entrar ahora

en demasiados detalles, he aquí las leyes alguno de cuyos preceptos o contenidos ha sido anulado por inconstitucional o, en algún caso, sometido a interpretación: Ley del Justicia de Aragón (STC 142/1988), Corporación Aragonesa de Radio y Televisión (STC 146/1993), de Ordenación de la actividad comercial (STC 264/1993), Cajas de ahorro de Aragón (STC 62/1993), Presupuestos para 1992 (STC 174/1998), Presupuestos para 1993 (STC 62/2001), Directrices generales de ordenación territorial para Aragón (STC 14/2004), Ordenación farmacéutica (STC 117/2011), Administración Local (STC 162/2009), Ordenación del sistema universitario de Aragón (STC 156/2013), Estatuto, como dije (interpreta la disposición adicional quinta) (STC 110/2011), Concejos abiertos (STC 210/2014), y Coordinación de policías locales (STC 200/2015).

Aparte de ello, como es bien sabido, aunque ¿quién sabe cuándo llegará la sentencia?, el Tribunal Constitucional ha suspendido cautelarmente hace poco, la vigencia de algunos preceptos de la Ley de Aguas y Ríos de Aragón. Por cierto, que habrá que tener cuidado con la preposición «de». Hablaba antes del marco jurídico actual, Aragón, un poder normativo extenso pero angosto, dentro del intensísimo poder del Estado. Habrá que aclarar las ideas y pisar suelo, pues está claro que las aguas —dejando de lado las medicinales—, y los ríos *de* Aragón son de la competencia del Estado, como venimos recordando varios, entre ellos, con todo acierto, el profesor José Luis Moreu Ballonga.

10. ¿Qué hacer? ¿Qué proyectar hacia el futuro? Ya dije antes, que no entraba en contenidos ni soluciones concretas, sino en aspectos formales y exteriores. Me agrada mucho la oportunidad de haber podido participar en esta tan grata ocasión, agradeciendo una vez más —y es una de tantas—, la amabilidad del Justicia, Fernando García Vicente, llamándome amablemente a participar en esta sesión conmemorativa del vigésimo quinto aniversario del Foro de Derecho Aragonés, en la amable compañía de mi viejo amigo Jesús Delgado Echeverría, con la oportunidad de dirigirme a todos ustedes, cuya presencia agradezco, que me da pie para formular algunas propuestas o deseos, aunque quizá algunos los consideren utópicos. Muy presente siempre la conocida apreciación de Joaquín Costa, caracterizando a Aragón por su respeto para con el Derecho. Al margen de espejismos, hay que esforzarse por tener un buen Derecho, lo que exige muchísimo trabajo e incontables pasos previos. Pero me atrevo a plantear con cierta energía: ¿Seríamos capaces entre todos de superar la rutina y abandonar los hábitos arraigados, para ofrecer en nuestros tiempos, en Aragón, superados y abandonados los tiempos heroicos, un Derecho público limpio, neto y preciso, asequible y comprensible, y estable, en el que ni sobrara ni faltara nada, dando así una lección a toda España? Acaso por esta vía silenciosa y nada triunfalista podría convertirse en un ejemplo el Derecho público aragonés, y llegar así a alcanzar la fama que ha venido acompañando a nuestras antiguas instituciones. Valga a continuación esta breve «cartilla», en fórmulas en cuya virtud creo sinceramente. Como verán, no se trata de nada original pues hoy es un auténtico

clamor la aspiración a perfeccionar y racionalizar nuestro sistema jurídico, con tantas aportaciones interesantes, como pueden ser por ejemplo las reiteradas de Fernando Sainz Moreno y Piedad García Escudero y, bien recientemente, las de Ignacio Astarloa. Pero es útil concretar lo que se dice con carácter general para toda España, al supuesto específico de Aragón.

a. Ciertamente que la abundante conflictividad actual impone abordar los detalles, pero hay que decir con carácter general hablando de Derecho, que cuanto menos, mejor. Pocas leyes, pero bien hechas, es innegable garantía de acierto y de respeto, tanto a los ciudadanos como a los aplicadores del Derecho.

b. Importa mucho la fijeza y permanencia de las normas, que así podrán ser conocidas, y facilitarán el saber a qué atenerse. Claro que hay que adaptarse a las circunstancias y necesidades, y abundan los nuevos retos, pero eso nada tiene que ver con la permanencia. Marea y desprestigio el estar cambiando cada nada una determinada regulación porque no se ha preparado o consensuado de manera acertada. Aparte de los esfuerzos que va a requerir y del coste económico de la continua alteración.

c. Si las exigencias se pueden resolver modificando un par de preceptos, hay que huir de la tentación de cambiar toda la ley.

d. La metodología que sostengo exige preparar minuciosamente la norma que vaya a proponerse, con todo tipo de informes y contrastes.

e. Entre ello es decisivo pararse a prever y estudiar los efectos que pueda producir la modificación. En esta línea resulta imprescindible dedicarle toda la atención que merece a la memoria sobre el coste económico de la nueva norma. Lo que es hoy exigencia indudable, pero que suele tomarse a la ligera. ¿Cuánto va a costar llevar a efecto la nueva ley? ¿Se cuenta con medios para ello? ¿Se dispone del personal necesario para dar aplicación a las nuevas exigencias? ¿Y el que en su caso haya de inspeccionar y controlar? Desmoraliza enormemente la práctica asumida por tantos políticos de creer que se cumple con mandar una ley al diario oficial, sin preocuparse ya más de si se llevará a buen término su aplicación.

f. Imprescindible una adecuada *vacatio legis*, un tiempo de preparación para que destinatarios y aplicadores puedan familiarizarse con las nuevas reglas. Para lo que es muy de agradecer toda la actividad complementaria que ayude a facilitar el conocimiento.

g. La nueva ley debería incluir sin falta una minuciosa *tabla de derogaciones*, indicando de forma expresa qué preceptos o que normas dejarán de estar en vigor.

h. El mundo, decía antes, se ha quedado pequeño y España, debido a los nuevos ritmos del transporte «es» hoy mucho más pequeña que antes. Es normal y común el trasiego por unos y otros territorios. Con frecuencia se va al pueblo

los fines de semana o, pienso por ejemplo en los aragoneses que van al mar en sus días de ocio, o en los vascos que vienen a esquiar a Aragón. Frente al imperio de «la diferencia» que algunos predicán y practican, muchas veces con fines espurios, me parecería muy conveniente al abordar una determinada materia ponerse de acuerdo con las demás Comunidades Autónomas para lograr a ser posible una regulación coincidente.

i. Gracias al esfuerzo de muchos, pudimos conseguir que la «ley de presupuestos» dejará de ser, como se la llamó, la «ley ómnibus», es decir el instrumento donde se daba cabida a las más variadas y dispersas regulaciones. Fue sólo una victoria pírrica, pues si la ley de presupuestos quedó saneada de aditamentos impertinentes, se inventaron la fórmula de la llamada **ley de acompañamiento**: una ley distinta a aquella que, por las mismas fechas, solía reunir el mismo cúmulo de regulaciones heterogéneas. Se decía, en lenguaje coloquial, que es como si alguien pasara con una campanilla por los pasillos de ministerios y consejerías preguntando si había alguna reforma legislativa pendiente. Así se nutría una ley, que solía denominarse como «ley de medidas» con muchos adjetivos, en la que se apretujaban las regulaciones de las más diversas materias, casi siempre sin tener nada que ver unas con otras. Bien se sabe que se trata de una fórmula muy cómoda para el Gobierno de turno, y que se practica por doquier a lo largo de nuestra geografía, pero desde el punto de vista de la técnica legislativa, que clama por la especialidad y fácil identificación de las normas, es un auténtico desastre, mezclando churras con merinas, por usar la expresión popular. Pues bien, la fórmula ha hallado fortuna también en la experiencia de las Cortes de Aragón y la vemos aparecer periódicamente. ¿Habría manera de esforzarse y preparar las cosas con el debido cuidado para que no hubiera que recurrir a práctica tan inconveniente?

11. En resumen y para concluir, hoy Aragón dispone de importantes competencias, por más que limitadas, en el campo del Derecho público. Se acabaron los tiempos heroicos, innovadores y con espacio para las grandes fórmulas, dado que tantos aspectos decisivos nos vienen dispuestos desde Europa, desde nuestro sometimiento al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, como a la del de Luxemburgo, y, por supuesto, desde nuestro Estado, el Reino de España. Hoy, en un panorama mucho menos ambicioso, hay espacio para los problemas del día a día, con una competencia que abarca mucho, pero muy angosta y limitada, pues estamos donde estamos y vivimos en el mundo de nuestro tiempo. Terminó haciendo votos por que, en atención a los ciudadanos, y facilitando la tarea a los aplicadores del derecho, olvidándose de las palabras altisonantes y reconfortantes, se asuma con toda radicalidad, adoptando con naturalidad las medidas necesarias, que en Aragón tenemos que hacer un Derecho público de la máxima calidad, que nos permita estar a la altura de la fama alcanzada por nuestras antiguas instituciones.

Madrid, 5 de noviembre de 2015

LA RENOVACIÓN DE LOS ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO ARAGONÉS HISTÓRICO DESPUÉS DE TILANDER*

D. JESÚS MORALES ARRIZABALAGA

Profesor Titular de Historia del Derecho
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. ALGUNAS PECULIARIDADES METODOLÓGICAS DEL ESTUDIO DE FUEROS Y OBSERVANCIAS DE ARAGÓN.— 2. EL ESTUDIO DE FUEROS Y OBSERVANCIAS EN EL ORIGEN DE LA CODIFICACIÓN CIVIL ¿DERECHO HISTÓRICO O DERECHO VIGENTE?— 3. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LOS HISPANISTAS.— 4. LOS *FUEROS DE ARAGÓN* DE JESÚS LALINDE.— 5. LOS ESTUDIOS SOBRE FUEROS Y OBSERVANCIAS DESPUÉS DE 1980.

1. ALGUNAS PECULIARIDADES METODOLÓGICAS DEL ESTUDIO DE FUEROS Y OBSERVANCIAS DE ARAGÓN

Cuando hablamos de método científico nos referimos a una combinación de procedimientos que genera una representación útil del fenómeno observado. Si nuestra observación tiene como objeto el derecho del pasado, los saltos de conocimiento se producen por la elucidación de materiales o la formulación de nuevas hipótesis; naturalmente, la mejora de nuestra representación crece exponencialmente si confluye la aportación de nuevos materiales con un ajuste de hipótesis. Tilander representa la culminación de la época en que —en proporción al punto de partida— se produce la mayor ampliación de la base de observación

* Este trabajo se desarrolla en el seno del proyecto DER2012-39719-C03-03 *Imagen y representación de la Monarquía Hispánica: mitos y realidades de un modelo constitucional inacabado*, del cual el autor es investigador principal. Forma parte de un proyecto coordinado por Juan Luis ARRIETA ALBERDI bajo el título *'Personas, cosas y acciones' para la política de la Monarquía de España (siglos XVI-XVIII)*.

mediante la edición de fuentes para la historia del derecho aragonés; nunca en los siglos anteriores había mejorado tanto nuestra posibilidad de observación del objeto de nuestra reflexión¹.

Si repasamos la lista de trabajos publicados entre 1920 y 1970 podemos identificar una característica metodológica del estudio del derecho aragonés histórico: salta barreras de la especialización científica. La mayor parte de otros objetos de estudio científico tienen asociado un modelo o método de explotación; están vinculados o incluso definen lo que llamamos un área del conocimiento. Siempre hay alguna permeabilidad pero, por circunscribirnos al ámbito jurídico, el Código de comercio se estudia con los usos y estilos de la academia de los mercantilistas. La situación es distinta en el caso de la historia del derecho aragonés; en la relación de los estudios más relevantes veremos aportaciones firmadas desde la filología, la historia, alguna de las áreas de derecho positivo, la paleografía y, naturalmente, la propia historia del derecho. Afortunadamente ésto es así, porque desde que la historia del derecho existe como profesión diferenciada, en cada generación hay solamente entre uno y tres autores que se dedican a los fueros y observancias, lo cual arrojaría un balance bien escaso. En ese periodo de cincuenta años en que se produce el gran salto, han resultado especialmente relevantes las aportaciones desde la perspectiva de la historia de la lengua y del derecho civil.

2. EL ESTUDIO DE FUEROS Y OBSERVANCIAS EN EL ORIGEN DE LA CODIFICACIÓN CIVIL ¿DERECHO HISTÓRICO O DERECHO VIGENTE?

La intervención de Felipe V en los ordenamientos de la Corona de Aragón requiere ser explicada con muchos matices; las versiones simplificadas oscilan entre dos extremos que hoy sabemos inexactos: el que induce una representación de derogación completa, y el que afirma la aplicación de las leyes de Castilla. Si tomamos como referencia la *Methodica Compilatio* de Franco de Villalba² percibimos directamente que hay una supervivencia que cuantitativamente podríamos denominar 'general' de los Fueros aragoneses. Hasta el pleno desarrollo de la codificación civil, las normas de Fueros y Observancias son derecho vigente.

1. Dadas las características de este trabajo he optado por reducir al mínimo las citas a pie de página. Una referencia exhaustiva a todo lo citado hubiese desvirtuado el propósito de síntesis perseguido, diluyendo en demasiadas páginas las opiniones que quiero destacar. El lector acostumbrado mínimamente al manejo de recursos y repositorios digitales, no debe tener ninguna dificultad en localizar y completar los datos de los autores y trabajos referenciados.

2. Diego Franco de Villalba, *Fororum ac observantiarum Regni Aragonum codex sive Enodata methodica compilatio: jure civili et canonico fulcita, legibus castellae conciliata atque omnigena eruditione contexta...*, Caesaraugustae: apud Petrum Ximenez ..., 1727

La edición más usual es la segunda: Caesar-Augustae: in typographia haeredum Joannis Malo, 1743. El precio de venta de esta edición se estableció en 1764 maravedíes. Esta edición se encuentra en BIVIDA.

El Congreso de jurisconsultos aragoneses de 1880-1881 es la primera ocasión en que se plantea una reflexión colectiva organizada acerca de los Fueros y Observancias. La iniciativa es protagonizada por la abogacía, seguida por la incipiente fe pública.

Desde un punto de vista metodológico los estudios no encajan en lo que podemos definir como trabajos históricos; la situación tiene condicionantes únicos con efecto en el método, los objetivos y resultados. Se razona en términos de «código» intentando encontrar equilibrios complejos. Entre el enfoque racionalista más abstracto y los historicistas, con muchas posiciones intermedias, que son las que prevalecen: una depuración con herramientas racionalistas de la experiencia histórica de Fueros y Observancias. Entre el pasado y la prospectiva de lo porvenir.

En estas condiciones, manejan con suficiencia fuentes impresas. La básica, los Fueros y Observancias, tan facilitada como condicionada por la edición de Savall y Penén, que aplanan la perspectiva histórica produciendo una representación muy estática de una normativa producida a lo largo de más de cuatro siglos; no parece que hayan utilizado las ediciones impresas del XV; probablemente tampoco las del XVI más antiguas.

También hicieron un uso intenso de los principales foristas de los siglos XVI y XVII.

No hay indicios significativos de uso habitual de manuscritos, ni nada parecido a una búsqueda organizada de códices medievales, que hubiesen restituido el elemento temporal en la representación que hicieron del sistema. Hay lecturas aisladas, pero sin un aparato metodológico que permita su correcta interpretación.

En una valoración metodológica destaco la influencia del modelo francés y los problemas para situar las Observancias en relación con las normas de Cortes.

La primera tiene su principal efecto en una reconstrucción mezclada de la categoría costumbre: se aproximan la costumbre en sentido estricto y el llamado *droit coutumier*, produciendo la inferencia —que considero errónea— de presentar los denominados fueros extensos como producidos mediante el mecanismo de costumbre. Si los Fueros de Cortes son ley, y las otras normas no procedentes de Cortes son costumbre, queda para las Observancias la casilla conceptual de la jurisprudencia. El esquema tripartito de la cultura jurídica del diecinueve se extrapola a una realidad altomedieval que no maneja estas categorías, o no lo hace de esa forma.

Gran parte de los estudios sobre legislación española histórica traen causa de la codificación civil. El contexto codificador se reproduce en el método de estudio: hay un derecho principal —español-castellano— y modalidades o variantes (menores) que se relacionan con éste a modo de apéndice. Si vemos las primeras obras producidas por lo que podemos denominar historia del derecho profesional, ese es el esquema que encontramos: Castilla y, con suerte, alguna variante. La

mayor parte de las monografías jurídicas del siglo XX que tienen un capítulo de historia reproducen el esquema: Partidas, Recopilación castellana y protocodificación. No es un reproche, simplemente constato que este enfoque metodológico «plancha» el relieve de la historia del derecho en España.

Si nos situamos en el siglo XVI, tenemos que asumir que coexisten los sistemas jurídicos e institucionales completos y diferenciados de Castilla, Indias, Navarra, Aragón, Cataluña, Valencia. Añadimos Mallorca, Vizcaya y, hasta su integración, Teruel; no tienen una estructura institucional completa y especializada, pero la que tienen cubre funciones normativa y judicial manteniendo un régimen diferenciable. Aunque en sentido estricto debiéramos incluirlos, dejamos fuera los reinos de Nápoles y Sicilia en la medida que no formarían parte de lo que consideramos España en el momento de arranque de la codificación.

En algún caso, como Cataluña, a estos trabajos de perspectiva codificadora se añaden los que se asocian con su reivindicación de una redefinición de su estatus constitucional y posición dentro de España; lo que desde principio del siglo XX se ha llamado la 'cuestión catalana'. También en Aragón hay un foco que propicia aproximaciones a lo que pudiéramos llamar constitución histórica del reino: los asociados con las denominadas libertades de Aragón. A diferencia de lo escrito desde la perspectiva civil, en este caso los trabajos no manejan fuentes suficientes, basándose prácticamente en las exageraciones e invenciones de Blancas y Antonio Pérez; además carecen de rigor conceptual y, con la pasarela de esas libertades, comunican prácticas constitucionales y democráticas con el núcleo del absolutismo feudal que en el siglo XVI todavía resiste a los esfuerzos de regulación acometidos por los reyes; en mi opinión en el siglo XVI la potestad del rey es regulada y la señorial se sigue reivindicando como absoluta. Pero este es otro debate que sale del objeto de este trabajo.

3. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LOS HISPANISTAS

La mayor parte de los estudios sobre historia de Fueros y Observancias se producen en el contexto de la preparación de la codificación civil, con un núcleo en la década de 1880 y otro gran foco de movilización que arranca en 1942, en Jaca, con la Semana de Derecho Aragonés, algunos de cuyos enfoques metodológicos se extienden al Congreso Nacional de Derecho Civil y al Consejo de Estudios de Derecho Aragonés. Con nombres ya tan consolidados como Castán, Palá Mediano, Lorente, Sancho Izquierdo, Moneva ..., y un emergente Lacruz Berdejo que, apenas cumplidos los veinte años, actuará como gran dinamizador de tanto talento. En esta nómina se incluiría Wohlhaupter, interesado también por la parte civil de nuestro derecho histórico.

A este núcleo civilista, apenas podemos añadir los muy relevantes trabajos de Ramos Loscertales. Y poco más.

La situación de la ciencia y la universidad después de 1939 es muy mala; historiadores y juristas de referencia tienen que exiliarse. El resto, aparte del 'exilio interior' siempre queda muy condicionado por un régimen de corte fascista que interviene en la producción y difusión del conocimiento. Esta parte de la historia es más conocida pero no menos dañina es la penuria económica: nuestros juristas no pueden salir a los centros de documentación europeos; sólo algunos, aprovechando la todavía subsistente germanofilia del régimen saben aprovecharse y conectar con la importante doctrina jurídica de la Alemania Federal.

Los llamados hispanistas no pueden compensar la insuficiencia del depauperado sistema de ciencia español, pero suavizan algo el erial. Los primeros, de procedencia germánica, tienen un nexo principal a través de los Godos, y se verán inmersos en el crudo enfrentamiento académico y personal organizado alrededor de las opciones germanista y romanista. Hay otro pequeño foco de precursores en torno a los Fueros de Sobrarbe.

En el ámbito aragonés creo que el primer nombre destacable es el citado Wohlhaupter, centrado en el periodo godo y altomedieval, menos influyente que otros porque su obra queda en alemán³. Aunque varios de los historiadores del derecho de la época la leen con fluidez, su círculo de influencia es cerrado.

Gunnar Tilander simboliza el gran salto. Sus primeras publicaciones sobre derecho aragonés histórico aparecen en la Revista de Filología Española (1933 y 1935). En 1937 edita los Fueros de Aragón según el manuscrito 458 de Biblioteca Nacional y en 1956, tras literalmente perseguirlo por Europa, el entonces llamado Manuscrito Perrins, que nosotros conocemos como Vidal Mayor. Aunque ya es profesor en Estocolmo, la obra se edita en Lund, en cuya Universidad ha arrancado su carrera académica⁴. Entre sus discípulos que editan códigos jurídicos: Gorosch (Teruel) Homer (Estella) Roudil (Baeza) y Alvar (Sepúlveda).

En proporción al nivel de conocimiento y medios de trabajo de esas décadas, los estudios de Tilander estarían al 130%; en mi opinión, sin embargo, los de Gorosch, están en la media o ligeramente por debajo, con unos resultados muy condicionados por lo que considero hipótesis inadecuada acerca de la misma naturaleza del Fuero de Teruel que está editando y de una representación de sus relaciones con los Fueros de Cortes de Aragón que, siempre según mi criterio, limitan los resultados.

3. Una aproximación a la producción de Wohlhaupter puede iniciarse en la Deutsche National Bibliothek: utilizando la referencia idn=117457426 en su catálogo general.

Enlace abreviado: <http://d-nb.info/gnd/117457426>.

4. Doctor Honoris Causa de la Universidad de Zaragoza (1960), entre otras. Una bio-bibliografía del profesor TILANDER redactada por Ake BLOMQVIST en *Orbis: Bulletin Internationale de Documentation Linguistique*, tome VI, n° 2, 1957, pp. 566-574.

4. LOS FUEROS DE ARAGÓN DE JESÚS LALINDE

La década de los sesenta apunta ya grandes novedades en la historiografía jurídica aragonesa, que podemos asociar con Jesús Lalinde, el autor que ha hecho las aportaciones más abundantes e intuitivas. Sus estudios monográficos sobre instituciones siguen intactos, pero su obra de impacto social e historiográfico más extenso es *Los Fueros de Aragón*, de 1976, al que él siempre se refirió como su «librito de los Fueros» término notoriamente poco proporcionado a su mérito e influencia.

En la Facultad de Letras, otro grande de la historiografía, Jose María Lacarra editaba también la síntesis *Aragón en el pasado*, que, cuando llegó a la colección Austral de Espasa Calpe, se convirtió en la imagen del reino histórico, no sólo para el lector general, sino también para la mayor parte de los historiadores profesionales.

Este tipo de obra debe ser objeto de una valoración específica: su propia existencia permite estudios que aceleran su envejecimiento. Si la monografía sobre la Institución Virreinal o sobre la Gobernación General siguen ahí prácticamente intactas, la síntesis de los Fueros de Aragón ha envejecido bastante, precisamente porque su redacción ha facilitado estudios de detalle posteriores que la revisan.

5. LOS ESTUDIOS SOBRE FUEROS Y OBSERVANCIAS DESPUÉS DE 1980

Jesús Lalinde 'exprime' en su síntesis los materiales aportados por Ramos Loscertales, los hispanistas, los civilistas del entorno de Lacruz y todos los que han publicado sobre la materia. Al finalizar el curso 1980-1981 termina su mandato como Decano de la Facultad de Derecho de Zaragoza y se incorpora a la Universidad de Barcelona. Aunque sigue interviniendo en Congresos y publicaciones sobre temática aragonesa, sus intereses han seguido evolucionando y, de manera lógica y no paralógica, aplica su enorme capacidad de síntesis sobre una historia del derecho en Europa que finalmente abre para dar entrada a sistemas normativos ajenos a nuestros ejes del derecho romano y del *ius commune*.

Coincidiendo con esas fechas, el contexto de realización de estudios histórico jurídicos cambia. Lo que Lalinde en 1976 intuye, es desde 1978 un realidad: el nuevo marco constitucional propicia una distribución de los centros de atención, de los objetos de estudio, comenzando a reequilibrarse la presencia de los distintos sistemas españoles que habían coexistido con el castellano. Barcelona, Sevilla, Valencia y Salamanca son núcleos del cambio.

Esta parte de la historia la puedo ya contar en primera persona, porque coincide con mis primeros contactos profesionales con la Historia del derecho.

En mi opinión el punto de inflexión es el Seminario de Historia del derecho y derecho privado realizado en Bellaterra, en la Universidad Autónoma de

Barcelona; esta ubicación es muy expresiva. Como en la parte anterior de la historiografía jurídica aragonesa tenemos los tres elementos principales: los civilistas (organizados por Pablo Salvador), los hispanistas venidos de Frankfurt del Meno, y la parte más periférica —en todos los sentidos— de la Historia del derecho⁵. La gran referencia internacional que había representado Wieacker es ahora reemplazada por Helmut Coing y su decisivo *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*; los trabajos sobre historia del derecho español vinculados con él, o con el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt se venían publicando fuera de los circuitos oficiales de la historia del derecho, en lugares como la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; en 1977 y 1978, Mariano Peset había firmado un par de andanadas editoriales cuyo eco se mantuvo décadas. El otro foco de renovación de la historia del derecho en Europa se sitúa en Florencia, con los nombres destacados de Grossi y Costa.

En Bellaterra están, expuestos o en germen, los grandes factores de renovación. Es una generación nueva, pero entroncan con el mismo tipo de base conceptual que la anterior representada por Tilander, Lacarra, Lacruz y Lalinde:

1. *La producción científica europea* llega ahora en la forma de hispanistas (Scholz, Hespanha...) pero se añaden ahora investigadores españoles que se han formado ya en los grandes centros de renovación de la investigación histórico jurídica, en especial Frankfurt y Florencia. En Aragón el nexo es el Pérez Martín, que, tras conseguir la edición facsimilar de los Fueros de Aragón, ha presentado en Bellaterra un plan de trabajo que desarrollará en la décadas posteriores, con el apoyo del Justicia de Aragón Dr. García Vicente, discípulo de Lacruz.

2. El cuidado de Lacruz por el estudio del derecho aragonés en sus fuentes, es continuado por Jesús Delgado y una tercera generación de civilistas.

3. La herencia intelectual de Lacarra es muy bien administrada por profesores formados a su mano, y sucesores en la cátedra de historia medieval de Zaragoza (Antonio Ubieto, Jose Ángel Sesma...).

4. Los grandes dinamizadores de la cultura aragonesa de la transición, Agustín Ubieto y Eloy Fernández Clemente, también alcanzan a los estudios histórico jurídicos.

5. El legado de Lalinde está muy bien representado por Jon Arrieta, bajo cuya dirección otros discípulos de don Jesús llevamos algo más de una década encadenando proyectos de investigación que deben dar resultados en forma de síntesis en los próximos meses.

5. Pablo Salvador Coderch; Joaquín Cerdá Ruiz-Funes (coords.), *I Seminario de historia del derecho y derecho privado: nuevas técnicas de investigación*, Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, 1985

Refiero ahora con algún mayor detalle las aportaciones desarrolladas en estas líneas de trabajo que me parece han permitido un salto cualitativo en nuestra representación del pasado del sistema aragonés de Fueros y Observancias y que deben abocar en una reformulación de hipótesis.

Aunque no han escrito propiamente sobre Aragón, ha habido una profunda revisión de las categorías del derecho medieval en torno a los trabajos de Gouron, Feenstra, Grossi y Costa. En España, me parecen determinantes los estudios más conceptuales de Aquilino Iglesia y Jesús Vallejo. En cada uno de los sistemas jurídicos hispanos, debiéramos acometer una reconstrucción de la historia medieval con hipótesis renovadas, a partir de estos nuevos puntos de vista.

Siguiendo un orden cronológico, comienzo recordando las conclusiones de Pérez Martín, en el estudio que precede a su edición facsimilar de Fueros, en su intervención en el seminario de Bellaterra, y en su trabajo publicado en *Glossae*, deben producir cambios sustanciales en las hipótesis. Entre sus varias aportaciones decisivas, destaco la que fija las versiones en ocho libros de los Fueros de Aragón como resultado de una refacción a partir de originales en nueve. Desde su vuelta a España su trabajo sobre *ius commune* y sobre fuentes de derecho europeo es constante; en el caso aragonés destaca su edición de las versiones romance y latina de la Compilación de Huesca, las Observancias de Pérez de Salanova y las Ordinaciones de la Diputación de Cortes (todas éstas editadas por El Justicia de Aragón) y las Glosas de Pérez de Patos, editadas por la Institución 'Fernando el Católico'.

Creo que es el año 1984 cuando el Dr. Pérez Gordo —Catedrático de derecho procesal en Zaragoza— (poco antes de su muerte) organiza un seminario al que asiste Antonio Ubieto que adelanta la noticia del descubrimiento de un manuscrito que contiene una versión distinta de los fueros de Aragón. Se refiere a Antonio Gargallo, entonces terminando bajo su dirección la tesis doctoral sobre el concejo de Teruel. La primera noticia diferenciada la publica Gargallo en 1989; en 1992, en ANUBAR, publica su transcripción completa del manuscrito de Fueros de Aragón que ha localizado en el archivo municipal de Miravete de la Sierra (en realidad en el armario con papeles viejos que cumple esa función). Aunque lo hemos estudiado, no hemos hecho la 'digestión' metodológica de este descubrimiento. Creo que hay unanimidad en considerarlo el código más antiguo de los conservados (y probablemente su contenido sea la versión más próxima a 1247) pero cuando hablamos de la obra legislativa de Jaime I en Aragón sigue imperante el esquema deducido de los trabajos de Tilander.

Un tercer foco es la edición de textos con dos nombres vinculados al maestro Lacarra, situados en un eje en que encontramos unas docenas de autores con aportaciones fundamentales. En primer lugar el citado Antonio Ubieto y en los últimos años, Jose Ángel Sesma, núcleo del grupo Centro de Estudios Medievales de Aragón (CEMA) que, entre otras muchas aportaciones, está asumiendo la edición de los materiales originales de las Cortes legislativas del reino lo cual

ha permitido, por ejemplo, una revisión completa del periodo del Interregno que sigue a la muerte de Martín I y, por extensión, de alguno de los tópicos sin fundamento que la historiografía arrastra desde el siglo XVI⁶.

Finalmente Jesús Delgado, Catedrático de Derecho civil, por cuya mano ha pasado la mayor parte de renovación de los estudios de historia de derecho aragonés. En realidad está detrás de muchas de las aportaciones antes citadas participando muy directamente en la concreción de su edición. También forma parte de ese grupo de agitadores culturales, en que antes he destacado sólo dos nombres; la coincidencia entre estos protagonistas de la ciencia aragonesa —en su parte literaria— y la nómina de firmas de *Andalán* merecería alguna mención explícita, mientras la mayor parte de sus protagonistas todavía pueden recibir en vida el reconocimiento debido (no tendremos parques para todos).

No es fácil resumir en pocas frases una presencia tan intensa; abandono el método científico y termino en modo subjetivo. Si intento una descripción organizada de una actividad tan diversa, erraré. Si cuento mi experiencia de usuario, no arriesgo; cuento las cuatro aportaciones, iniciativas o actividades de Jesús Delgado que han condicionado mi propio trabajo como profesional de la historia del derecho, y a las que todavía acudo.

1. Introduce estudios específicos sobre derecho aragonés en la oferta formativa reglada de la Universidad de Zaragoza. Inicialmente en la periferia que soportan los estudios de doctorado; esta experiencia consolidada es decisiva para la aparición de su mano de la primera asignatura de derecho aragonés en un plan de estudios de licenciatura en Derecho. Coherente con su metodología, una parte significativa del esfuerzo docente se dedica a la formación histórica del derecho privado aragonés vigente.

2. La alineación cósmica entre Obama y Rodríguez Zapatero quedó en gaseosa. Otras coincidencias de personas en espacios e instituciones producen, afortunadamente grandes resultados. Agustín Ubieto en 1987 es Director del Instituto de Estudios Altoaragoneses; para una persona que consigue hacerte socio del Porcell Club de Fútbol, es reto pequeño convencer a Marcelino Iglesias, entonces presidente de la Diputación Provincial de Huesca, para afrontar una reproducción facsimilar del código editado por Tilander. Que ya no es «Perrins» sino Getty. La parte facsimilar es admirable, sin pretensiones ni enriquecimientos dorados que hubieran encarecido y restringido la circulación de la obra; se edita conjuntamente con un tomo que contiene cuatro estudios. Uno de ellos firmado por Delgado, establece media docena de tesis que debíamos ya considerar indiscutibles⁷. Tampoco en este caso la mayor parte de la historiografía ha incor-

6. Detalles de publicaciones del grupo: <http://cema.unizar.es/publicaciones-del-grupo/>.

7. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «'Vidal Mayor', un Libro de Fueros del siglo XIII», en *Vidal Mayor. Estudios*, Huesca: Instituto de Estudios Altoaragoneses, [1989], pp. 43-81. En BIVIDA.

porado estas conclusiones, y las versiones que se estudian en las facultades de Derecho siguen hablando de un comentario o una obra didáctica.

3. El Espejo del Derecho aragonés: Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés. En 2001 se firma un convenio entre las instituciones aragonesas (Gobierno de Aragón, Cortes de Aragón, Justicia de Aragón, Universidad de Zaragoza) y las entidades financieras entonces denominadas Ibercaja y Caja Inmaculada de la que resulta esta obra: «Es BIVIDA un espejo, en que se ven retratadas todas las páginas que, desde la invención de la imprenta, fueron impresas para perpetuar, comunicar, documentar, explicar o aplicar el Derecho aragonés». Inicialmente editada en 2003 en formato digital pero en soporte físico de nueve DVD, con 304.000 imágenes; luego —cuando la tecnología y capacidad de redes y equipos lo ha permitido— se hizo accesible en abierto a través de http y se amplió con una parte dedicada a derecho público. Durante una década no ha habido ninguna infraestructura de conocimiento (infoestructura) comparable en España; recientemente la situación ha cambiado algo con la irrupción de Biblioteca Nacional y de Hispana, y los referentes europeos como Gallica, COPAC de Reino Unido y otras asociadas a Europeana. Creo que sigue siendo la biblioteca digital de derecho histórico que contiene mayor proporción de las fuentes impresas de un sistema jurídico. Hecho especialmente destacable si se tiene en cuenta la abundantísima producción jurídica en Aragón desde el arranque de la imprenta.

El trabajo de base necesario para simplemente presentar una propuesta organizada de este Espejo del derecho aragonés, se ha visto facilitado por su experiencia previa como Comisario de dos exposiciones, una general sobre Fueros y otra sobre cartas de población, que sirven para fijar el estado de la cuestión y agrupar referencias a fuentes primarias y secundarias, de otra manera muy dispersas.

4. Promotor estudios ajenos. En un plano discreto —siempre que puede— de forma que pasan años hasta que averiguas que un determinado trabajo se realizó porque él lo había recomendado. En otras su mediación o acción promotora queda confirmada en forma de prólogo o presentación.

La herencia de Tilander fue cuidada por su contemporáneos —aunque más jóvenes— Lacruz y Lalinde. Aquellas ediciones y estudios han hecho posible el desarrollo de algunas docenas; estamos ahora en situación de agrupar las tesis derivadas de los estudios de los últimos 25 años y ensayar alguna síntesis sobre la historia de Fueros y Observancias. Y sobre el Justicia de Aragón.

Sesión III

ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS: ¿OPORTUNIDAD O LIMITACIÓN DE DERECHOS?

Ponente

D.ª María Martínez Martínez

PÁG. 71

Coponentes

D. Joaquín de Guerrero Peyrona

PÁG. 99

D. Santiago Pablo Munilla López

PÁG. 115

ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS: ¿OPORTUNIDAD O LIMITACIÓN DE DERECHOS?

D.^a MARÍA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: PROPIEDAD PRIVADA Y ESTADO ECOLÓGICO DE DERECHO.– II. PLAN DE EXPOSICIÓN DE ALGUNAS CUESTIONES SIEMPRE CONTROVERTIDAS.– III. FISCALIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE ENP, TRAMITACIÓN Y APROBACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y ZONIFICACIÓN: TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES: 1. Efectos de la declaración de ENP versus de la planificación para los particulares: A) *Declaración, planificación y zonificación de terrenos.*– B) *Protección preventiva: los artículos 23 y 24 de la Ley 42/2007, tras Ley 33/2015.*– 2. Principios relevantes: principio de precaución y principio de no regresión medioambiental.– IV. LÍMITES Y PRIVACIÓN DE DERECHOS A LOS PARTICULARES: 1. La situación de los particulares en ENP: tesis de la doctrina sobre privación de facultades: A) *Capacidad de decisión.*– B) *Cargas y servidumbres legales: aplicación del Derecho Foral aragonés o del Código civil.*– C) *Elasticidad del derecho de propiedad.*– D) *Enriquecimiento injusto.*– 2. Ablación de derechos y usos: privación de uso tradicional y consolidado.– V. MODELOS DE RESARCIMIENTO: 1. Tendencias de la jurisprudencia contencioso-administrativa: huida de las técnicas expropiatorias.– 2. Responsabilidad patrimonial de las administraciones.– 3. Compensación a los particulares a través de medidas de fomento. Especial referencia al voto particular a la STS, c-a, 25 de septiembre de 2009.– 4. Especial referencia al aprovechamiento forestal o silvícola y a los provechos cinegéticos.– V. POSICIÓN DEL TITULAR COMO DAÑADO Y PERJUDICADO POR ESPECIES PROTEGIDAS: EJEMPLOS DE LA JURISPRUDENCIA. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.– VI. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE: TANTEO Y RETRACTO: 1. Modelo de la ley estatal básica y de la Comunidad Autónoma de Aragón.– 2. Crítica y puntos de vista diferentes.– 3. Revocación del derecho de retracto y derecho de reversión.– 4. Relación con otros derechos de adquisición preferente, como el de abolorio o la saca.– 5. Cierre registral por falta de notificación a la Administración: artículo 40.2.III Ley 42/2007 y RDGRN de 16 de marzo de 2009.– VII. EL NUEVO ARTÍCULO 53 DE LA LEY 42/2007 INTRODUCIDO POR LEY 33/2015: INFORMACIÓN AMBIENTAL EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

Agradecimiento

Mis primeras palabras deben ser para agradecer al Justicia de Aragón haber confiado en mí para esta ponencia. Hace más de seis años estoy trabajando en grupos de investigación de la Universidad de Zaragoza sobre derecho de aguas y del medio ambiente con otros profesores de disciplinas jurídicas diferentes al derecho civil (Grupo de investigación Consolidado reconocido por el Gobierno de Aragón AGUDEMA: Agua, Derecho y Medio Ambiente) y también en el IUCA, Instituto de Investigación en Ciencias Ambientales, allí con otros profesores economistas, geógrafos, físicos, químicos e ingenieros. Con anterioridad he sido invitada a participar en este Foro para abordar cuestiones de puro derecho sucesorio foral, y ahora para exponer un tema que he tratado parcialmente en el libro publicado en 2010 en editorial Iustel, *Medioambiente y uso del suelo protegido. Régimen jurídico civil, penal y administrativo* y en algunos otros artículos publicados en Revistas jurídicas. Subrayaré también mi agradecimiento por haber podido compartir la preparación de esta ponencia con don Joaquín Guerrero, en cuyo despacho tuve la suerte de aprender muchas cosas como abogada en ejercicio al inicio de mi trayectoria profesional, antes de incorporarme a la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza. También ha sido un placer compartir la preparación de la ponencia con don Pablo Munilla, ingeniero, que me ha hecho reflexionar sobre muchos aspectos que indudablemente deben tenerse en consideración por los juristas para entender un fenómeno tan complejo como es el de los Espacios Naturales Protegidos (en adelante, ENP).

I. INTRODUCCIÓN: PROPIEDAD PRIVADA Y ESTADO ECOLÓGICO DE DERECHO

La aproximación a cualquier tema de derecho ambiental es compleja, entre otras razones, porque la materia se muestra especialmente rebelde al encasillamiento en las tradicionales áreas y materias de estudio y jurisdicción acotadas. En general, hay que atender al régimen jurídico de conceptos heterogéneos como aguas, montes, minas, ordenación del territorio, urbanismo, agricultura, ganadería, flora, fauna, residuos, paisajes, ruidos, atmósfera, biodiversidad, etc., y a toda su normativa sectorial para llegar a conocer la verdadera configuración del haz de facultades y derechos, obligaciones y cargas, expectativas y disfrutes que sobre ellos pueden ejercitar los titulares, sean o no propietarios.

En la más reciente revisión de los clásicos *Fundamentos de Derecho Civil*, el profesor DÍEZ-PICAZO, subrayaba que el «Derecho de Cosas tradicional, tal como ha llegado a nosotros solía ser una ordenación jurídica, referida fundamentalmente a la propiedad y por extensión a todos los demás derechos reales sobre cosas ajenas, que se presentaba como algo aséptico y neutral desde el punto de vista político-económico y como algo connatural o evidente en el plano cultural, es decir, como una regulación intemporal y abstracta». Hoy esa concepción está

completamente alejada de la realidad en lo que concierne a la ordenación de la explotación económica de los recursos naturales y a sus titularidades por lo que se ha recurrido, para intentar superar esta visión, a la concepción estatutaria de la propiedad. Se dice así que existen «propiedades especiales» con estatutos diferentes en función del objeto. Pero esta fórmula tampoco es satisfactoria, como nos señala el insigne civilista y un sector de la doctrina alemana entiende que la propiedad sobre los recursos naturales y, en general, sobre las empresas, constituye más bien una *Zuweisungsgehalt*, es decir, un *contenido atributivo*, que viene a significar una reserva en monopolio de los contenidos de extracción de beneficios que el bien pueda proporcionar (DÍEZ-PICAZO, 2008, pp. 56-72).

En España, hemos de partir del artículo 45 de la CE, a cuyo tenor:

- «1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo».
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

Pese a no estar ubicado entre los derechos fundamentales y libertades públicas, no puede desconocerse su relevancia actual. La necesidad de proteger nuestro entorno medioambiental incluso ha propiciado que desde hace ya bastantes años se venga utilizando la fórmula «Estado Ecológico de Derecho», superando la tradicional del Estado social y democrático (JIMÉNEZ SOTO, 2015, pp. 250-252).

La complejidad del objeto de estudio es indudable y la doctrina jurídica ha elaborado un tejido denso de derechos colectivos y subjetivos del medio ambiente en los que luce de modo destacado la transversalidad. Para esta ponencia me ha parecido oportuna la aproximación situándome en lo que podemos considerar «zonas fronterizas entre derecho civil y derecho administrativo», puntos de vista para el estudio que no deben soslayarse, como enseñaba el profesor LACRUZ BERDEJO.

Es pertinente hacerse una pregunta: ¿ha evolucionado el modelo tradicional de propiedad privada civil para adaptarse a esa configuración del Estado ecológico de Derecho? Y para responder, creo que sigue siendo muy relevante la dicotomía jurisdicción civil/contencioso-administrativa. El estudio de la jurisprudencia suele mostrar que en la vía civil, los derechos de los propietarios son casi siempre reconocidos y que, en no pocas ocasiones, constituyen serios obstáculos (también a veces difíciles de justificar) para la gestión por funcionarios y la ordenación por autoridades y poderes públicos competentes de los recursos naturales. Conviene no olvidar que ordenan y gestionan recursos de todos, esenciales para la vida y desarrollo futuro de toda la comunidad, es decir, deben velar

por la «sostenibilidad» de los modelos de explotación. Y es también importante entender que tenemos la responsabilidad generacional, todos sin excepción, de transmitir a las futuras generaciones un entorno mejor que el recibido.

Las deficiencias de índole «procesal o procedimental» también inciden en la protección medioambiental. Como el profesor LOPERENA ROTA subrayó, sin canales procesales adecuados, el derecho medioambiental no puede desenvolverse (LOPERENA ROTA, D., 2008, p. 80). El profesor hacía esta reflexión al hilo del análisis de la STS, c-a, Sección 5ª, de 11 de mayo de 2009 (RJ 2009, 4359) que, aplicando doctrina de otra anterior (STS, c-a de 18 de marzo de 2009; RJ 2009, 1811), no admitió la solicitud de dos asociaciones ecologistas de ejecución provisional de la STSJ de Castilla y León de 29 de septiembre de 2006, pidiendo la paralización de cualquier actividad o trabajo encaminado a la construcción de la Ciudad del Golf, impulsada por la promulgación (posterior a la Sentencia de 2006) de la Ley 6/2007, del Parlamento de Castilla León, que claramente contravenía la decisión judicial dictada con anterioridad. El TS resolvió que no podían instar la ejecución provisional de la sentencia quienes no habían sido parte en ella, pues solo las «partes favorecidas por la sentencia» pueden pedir su ejecución (otros detalles, en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Mª, 2010, p. 108).

El propio profesor LOPERENA ha reprochado a la doctrina civil no haber sabido encontrar una herramienta adecuada para representar en la actualidad a las futuras generaciones para preservar el medioambiente. Se considera que no es suficiente el reconocimiento de las acciones colectivas de cesación (con la legitimación activa procesal de asociaciones ecologistas) ni la propia actividad, con ser relevante, del Ministerio Fiscal, que vela también por el medio ambiente, a través de las actuaciones de las unidades de control de delitos ecológicos. Las memorias anuales de la Fiscalía General del Estado y alguna de sus Circulares dan buena cuenta de actividades en defensa de la sostenibilidad medioambiental.

El Derecho civil ha sido capaz de desarrollar mecanismos de protección para «non natos» en el ámbito del derecho sucesorio, pero es compleja su materialización para otros fines. Es muy dudoso que las técnicas de protección del *nasciturus* y del *concepturus* del derecho sucesorio puedan ser útiles para tales objetivos.

Cuando se analiza el régimen jurídico de los ENP en lo que concierne a su impacto en los derechos de los particulares, surge inevitablemente la confrontación entre las necesidades de imponer restricciones a los titulares afectados por causa de utilidad pública e interés general y la necesaria preservación del núcleo esencial del derecho de propiedad privada, amparado en la propia Constitución de 1978, sin perder de vista las interpretaciones del Tribunal Constitucional en sentencias relevantes dictadas sobre la materia y que se citarán.

Finalmente, al margen de todo lo indicado y centrándonos en las limitaciones impuestas por razón de protección de Espacios Naturales, conviene tener en cuenta que desde el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede

en Estrasburgo se ha llamado la atención, con toda razón, sobre la necesidad de imponer límites a las restricciones progresivas en el uso de terrenos que no se acompañen de indemnización. Es de interés a este respecto la sentencia de 6 de diciembre de 2007 dictada en el asunto *Marthonisi contra Grecia* sobre un islote en el que para proteger el apareamiento de las tortugas «caretta-caretta» se llegó a impedir cualquier construcción y cualquier uso turístico de la propiedad. Al principio se autorizó la construcción de un hotel, luego solo de algunas viviendas de recreo, seguidamente de una sola vivienda y, al final, se terminó por impedir cualquier construcción y el uso turístico de la propiedad lo que consideró el TEDH contrario al derecho de propiedad si no se acompañaba de medidas de resarcimiento (*vid.*, en relación con la Sentencia, VILLALÓN PRIETO, 2009, pp. 351-352).

II. PLAN DE EXPOSICIÓN DE ALGUNAS CUESTIONES SIEMPRE CONTROVERTIDAS

Al margen de lo indicado a modo de introducción, aludiré a algunas cuestiones que constituyen el foco de clásicas discusiones y debates doctrinales de marcada relevancia práctica. De la orientación que se dé a cada una de ellas depende que se considere o no procedente el resarcimiento patrimonial por parte de las administraciones públicas y que se establezcan en un lugar u otro las fronteras de la acción pública para su reclamación.

Para tal fin y a través del análisis de sentencias dictadas por nuestros tribunales de justicia aplicando las normas, mostraré la situación de los particulares en tres posiciones jurídicas en las que indudablemente se puede encontrar con ocasión de la declaración de ENP y de la aprobación de la planificación medioambiental asignando la correspondiente zonificación.

Primero, el particular es claramente sujeto pasivo de privaciones y limitaciones en sus titularidades. Así, en primer lugar, aludiré a lo que se consideran consolidadamente en la jurisprudencia privaciones y ablación de derechos y usos y lo que no se consideran tales. Y en este marco también habré de referirme a la utilización de los institutos de la *responsabilidad patrimonial* y de la denominada *compensación mediante medidas de fomento* para responder ante los particulares cuyos derechos quedan limitados o restringidos en los ENP. Se trata de mecanismos que, como la doctrina administrativista nos muestra, están ganando terreno en la jurisprudencia a las técnicas propiamente expropiatorias, propiciando en muchos supuestos la concurrencia a convocatorias públicas y, en ocasiones, una suerte de «contratación forzosa» para los particulares.

En segundo lugar, como sujeto dañado y perjudicado en su patrimonio por las especies animales protegidas por los poderes públicos en cumplimiento de normas imperativas que, no se debe olvidar, en muchas ocasiones vienen impuestas desde instancias supranacionales.

En tercer lugar, el particular, sea persona física o jurídica, empresario o no, como parte contractual puede verse afectado por derechos de adquisición preferente a favor de las administraciones públicas. Casi siempre desde la doctrina civil se denuncia que los derechos de tanteo y retracto profusamente regulados por las CCAA y que suelen seguir el modelo del antiguo artículo 39 de la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, reenumerado como artículo 40 en la Ley 33/2015, en vigor desde el día 7 de octubre, y de la legislación de montes, constituyen límites a la autonomía de la voluntad para contratar que acaso vulneran el propio artículo 1255 del Código civil, y para los que no siempre se prevén indemnizaciones a los particulares titulares de terrenos afectados.

Sin entrar a valorar esta afirmación, y tras confrontar la norma básica de la Ley del Patrimonio Natural y la Biodiversidad 42/2007 con la legislación aragonesa (Texto Refundido de la Ley de Espacios Protegidos de Aragón, Real Decreto Legislativo 1/2015), citaré alguna jurisprudencia que ordena la revocación o reversión del retracto y posterior anulación de sus efectos por diversas razones. También aludiré a doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, cumpliendo con lo dispuesto en el número tercero del hoy artículo 40 de la Ley 42/2007, ordena el cierre registral por falta de notificación de la transmisión del inmueble consistente en aportación a sociedad por su titular ubicado en ENP a la correspondiente Administración.

Finalmente, aludiré al nuevo artículo 53 de la Ley 42/2007, introducido por Ley 33/2015, en vigor desde el día 7 de octubre, único del Capítulo VI, sobre «Información ambiental en el Registro de la Propiedad», también de interés para la materia que nos ocupa.

III. FISCALIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE ENP, TRAMITACIÓN Y APROBACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y ZONIFICACIÓN: TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

1. Efectos de la declaración de ENP versus de la planificación para los particulares

A) Declaración, planificación y zonificación de terrenos

Con carácter previo al tratamiento de las cuestiones indicadas, hay que tener en cuenta que la mera declaración o ampliación de los espacios protegidos, incluso los de la Red Ecológica Europea Natura 2000, no constituye por sí misma, según jurisprudencia consolidada, privación de derechos de los propietarios. Cito en este sentido y por todas, la reciente STS, Sala c-a, de 8 de julio de 2015, sobre ampliación de ZEPA que afirma incluso que así ha de entenderse aunque la declaración afecte a territorio urbanizable. Es doctrina que concuerda con la anterior y célebre STC de 26 de marzo de 1987, que sostiene que la «fun-

ción social» obedece a la necesidad de atemperar los intereses individuales a las exigencias sociales, y pone ambos al mismo nivel.

Esta premisa sigue sin convencer a la doctrina civilista y a los profesionales (*vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, 2009 a, pp. 1-3 y 2009 b, pp. 1-5). En mi opinión, la declaración de ENP, incluidos los de la Red Natura 2000, afecta inequívocamente a ciertos contenidos del derecho de los titulares de terrenos incluidos (como se indica en la STS, c-a, Sección 5ª, de 11 de mayo de 2009), y así lo refrenda que la propia elaboración de las listas de LICs que propongan las CCAA y que deben elevar al Ministerio correspondiente para su proposición a la Comunidad Europea (artículo 42.2 LPNB) sea un acto de trámite cualificado que, por poder afectar a los derechos de los particulares, es autónomamente impugnabile por los interesados (VOZMEDIANO Y GÓMEZ-FEU, 2001, pp. 601 y ss.).

Sin pretender insistir en este debate, y al margen de las incertidumbres que para los particulares se producen indudablemente hasta que se fijan zonificación y regulación concreta de usos en las planificaciones medioambientales correspondientes (que afectan inequívocamente al propio valor de los bienes enclavados), la declaración de ENP lleva ya implícita la declaración de utilidad pública a efectos de expropiación y del ejercicio, en su caso, de los derechos de adquisición preferente, tanteos y retractos, que con respeto a la legislación básica estatal, han regulado las CCAA, una cuestión a la que me referiré separadamente más adelante.

Una vez declarada la zona como ENP, la aprobación de la correspondiente planificación de los recursos naturales constituye una obligación de las Administraciones Públicas, y no una mera facultad. A juicio de la doctrina administrativista, incluso cabría imputar Responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas por daños al medio ambiente, cuando éstos tengan su origen en una falta de diligencia en la actividad planificadora o en una omisión de la planificación. En este sentido, *vid.* LÓPEZ RAMÓN, 1994 y SORO MATEO, 2009, pp. 173-208).

Los planes que desarrollan la declaración de ENP sí pueden y de hecho restringen y configuran derechos de los particulares. También puede llegar a declararse la nulidad de la planificación de recursos naturales por incumplimiento de trámites de información pública. Se encuentra un claro ejemplo, en la STS, Sala c-a, de 5 de mayo de 2015 que declaró la nulidad del Decreto 40/2011 por el que se aprobó el PRUG y el Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural de Las Ubiñas-La Mesa, por saltarse el Principado de Asturias, el trámite de información pública. No entró el alto Tribunal, porque no fue necesario al declarar la nulidad por motivos formales, en la alegación de la Parroquia Rural de Páramo que denunciaba no solo el defecto formal en la aprobación del plan, sino muy claramente la intensa restricción injustificada de derechos a los particulares.

No es extraño que los jueces sean cada vez más cuidadosos y exigentes al fiscalizar la actividad de las administraciones en la planificación y también en la

zonificación y atribución de usos concretos a cada zona en los diferentes terrenos enclavados en ENP y también a los titulares de inmuebles en terrenos colaterales y colindantes.

La importancia de la ubicación del inmueble en una determinada zona por las administraciones al zonificar terrenos queda patente en un ejemplo reciente como el de la STJ de la Comunidad Valenciana, Sala c-a, de 30 de junio de 2015 que revoca parcialmente la declaración de una zona concreta como Parque Natural y la modificación del régimen de protección del PORN por adscribir un suelo determinado a un área de influencia de protección más intensa que las que justificaban, en virtud de la correspondiente prueba pericial judicial practicada, las características físicas y naturales de los terrenos. En definitiva, la discrecionalidad de la administración en el caso planteado en la Sentencia queda reducida al máximo, puesto que cuando se imponen regímenes de uso limitativos de la propiedad debe quedar suficientemente justificado conforme a la normativa ambiental aplicable, bajo el riesgo de que se anule total o parcialmente con posterioridad por los tribunales de justicia (Comenta LÓPEZ PÉREZ, en AJA, 2015).

Asimismo, los jueces han entrado en algún caso a considerar las finalidades alegadas por la administración de protección del suelo rústico, por ejemplo, al aprobar planes especiales de protección de suelo rústico para declarar la viabilidad de conjuntos residenciales. En este sentido, la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 12 de junio de 2015, c-a, Sección 2ª, declaró la nulidad de pleno derecho del Plan Especial de Protección de Zona Rústica, por no justificar suficientemente la delimitación de su ámbito, ni cumplir las finalidades que le son inherentes, entre las que destaca la preservación del medio ambiente, el patrimonio cultural o el paisaje. Es decir, al declarar la propia memoria del plan que preveía 12 edificaciones, la finalidad de conservar y proteger los terrenos rústicos, el TSJ entiende que la urbanización de terrenos rústicos estaba en el caso muy alejada de la utilización racional de los recursos naturales que permite a los titulares de terrenos rústicos usarlos conforme a su propia naturaleza agrícola, ganadera, forestal u otra análoga (comenta BLASCO EDO, AJA, 2015).

La relevancia de la planificación medioambiental se muestra asimismo en su prevalencia respecto de cualquier otra planificación (incluida la urbanística y de ordenación territorial) como establece el artículo 19 LPNB (antes de la reforma por Ley 33/2015, artículo 18), cuestión pacíficamente admitida (TESO GAMELLA, 2012, pp. 2339-2340).

Dicha prevalencia y el consecuente reflejo en los derechos de los particulares se ponen de manifiesto en el asunto fallado por la STSJ de las Islas Baleares, c-a, de 15 de septiembre de 2015, a la que aludiré más adelante en el apartado correspondiente a la «elasticidad del derecho de propiedad».

B) Protección preventiva: los artículos 23 y 24 de la Ley 42/2007, tras Ley 33/2015

Y no solo existe restricción en los derechos de los particulares una vez redactado el PORN y PRUG. Durante la tramitación de esta planificación, recordemos que es prevalente a cualquier otra como por ejemplo la urbanística y de ordenación territorial, se aplica el régimen jurídico del antiguo artículo 22 de la Ley 42/2007, hoy artículo 23, con la nueva numeración resultante de la reforma por Ley 33/2015 que bajo el epígrafe «protección cautelar» impide la realización de actos que supongan transformación sensible de la realidad física y biológica que pueda llegar a hacer imposible o dificultar de forma importante la consecución de los objetivos de dicho Plan.

El precepto adolece de notable indeterminación y ha sido criticado antes tanto por particulares con fincas enclavadas por la inseguridad jurídica derivada de la indefinición de sus facultades hasta la aprobación del plan, como por las asociaciones ecologistas que denuncian la concesión de licencias y autorizaciones para edificar urbanizaciones inmensas de viviendas unifamiliares durante la tramitación del plan (destacaré que los casos que conozco no se han dado en nuestra CA).

Desde el momento de inicio de tramitación de la planificación, como indica el vigente artículo 23, números 2 y 3 de la Ley 42/2007, no puede reconocerse a los interesados la facultad de realizar actos de transformación de la realidad física, geológica y biológica, sin informe favorable de la Administración actuante que se sustanciará y emitirá por el órgano ambiental de la administración actuante en el plazo máximo de 90 días.

El nuevo artículo 24 de la ley 42/2007, tras la Ley 33/2015 regula la posibilidad de imponer restricciones específicas en los denominados «EN sometidos a régimen de protección preventiva». Como prevé el número 2, surge para los titulares de terrenos, la inmediata obligación de facilitar información y acceso a los agentes de la autoridad y a los representantes de las CCAA; se inicia de inmediato el plan de ordenación de la zona (si no lo está ya) y se puede aplicar desde ese mismo momento algún régimen de protección.

El precepto exige cumplir trámite de audiencia a los interesados, información pública y consulta de las Administraciones afectadas. Entiendo que de conformidad con la jurisprudencia para casos análogos, la falta de cumplimiento de estos trámites, deben viciar de nulidad radical imprescriptible la aprobación del correspondiente régimen de protección.

El artículo 21 del TRLEPA 1/2015, establece una regulación concordante con la norma estatal.

2. Principios relevantes: principio de precaución y de no regresión medioambiental

No me detendré en otras referencias a principios de clara relevancia en materia medioambiental y, en particular, en la dinámica de la regulación y planificación de los ENP, como son el principio de precaución y el principio de no regresión medioambiental, cada vez más importante incluso para valorar la legitimidad de la desclasificación y descatalogación de ENP. En el anexo bibliográfico se incluyen referencias recientes de interés sobre estas materias.

IV. LÍMITES Y PRIVACIÓN DE DERECHOS A LOS PARTICULARES

1. La situación de los particulares en ENP: tesis de la doctrina sobre privación de facultades

El profesor RUIZ-RICO RUIZ ha llegado a afirmar que la declaración de zonas protegidas y su regulación en los correspondientes planes de ordenación y de uso y gestión pueden llegar a convertir al propietario afectado en una suerte de funcionario al servicio de las Administraciones públicas, sin contraprestación (RUIZ-RICO RUIZ, 2009, pp. 115-146). Es una manifestación rotunda tras detallar en su trabajo algunas de las situaciones en que se encuentra el titular de terrenos en ENP y hecha al hilo de la clásica cuestión sobre la necesidad de distinguir entre ablación de derechos no indemnizados o ante simples límites y limitaciones de la propiedad (que ambas categorías se diferencian) y otras titularidades fundamentadas en la función social constitucional.

Me referiré a algunos supuestos en que la jurisprudencia sí considera que hay ablación, aludiré a cómo se resarce y a cómo se demuestra durante el proceso o litigio por los particulares afectados, con ejemplos paradigmáticos de resarcimiento de usos concretos en la jurisprudencia.

A) Capacidad de decisión

En cuanto a la privación de usos a los particulares con ocasión de la declaración y planificación de ENP, lo primero que señalaré es que la doctrina (casi siempre civilista) suele subrayar que se produce una fuerte reducción en la capacidad de decisión y de autonomía de los propietarios enclavados en el perímetro de un EN pues, a partir de entonces, deben solicitar autorización para cualquier actividad que se vaya a acometer. Las nuevas actividades (que pueden ser innovadoras) suelen requerir declaración previa de compatibilidad y autorización expresa. Los titulares dejan de tener poder de decisión sobre el destino económico futuro de los predios y las autoridades administrativas competentes tienen bastante libertad de decisión para modificar los destinos de los Parques y sus zonas. Hay, asimismo, una fuerte inercia a considerar que los cambios posteriores no deben provocar indemnización si ya se abonó algo (por la vía que sea) a los particulares afectados (RUIZ-RICO RUIZ, 2007, *op. cit. loc. cit.*).

B) Cargas y servidumbres legales: aplicación del Derecho Foral aragonés o del Código civil

Se imponen también, por lo general, cargas que pueden limitar la capacidad económica de los titulares (todas razonables y siempre por utilidad pública o interés social pues suelen atender a la necesidad de conservación de los hábitats o a impedir, por ejemplo, la propagación de incendios). Deben permitir la entrada a los funcionarios de la Administración para que analicen el estado de la flora y fauna o para cualquier otra finalidad so pena de ser sancionados.

Así, por ejemplo, el artículo 85 del TRLEP de Aragón 1/2015 obliga a los propietarios y titulares de bienes y derechos (no solo inmuebles) de los ENP a permitir la acción inspectora de la administración y el estudio por el personal técnico o investigador debidamente acreditado. Y también, a facilitar el acceso del público en los términos que se convengan con la Administración.

Algunas CCAA prevén el establecimiento de servidumbres forzosas como, por ejemplo, para instalación de señales. Un ejemplo se encuentra en el artículo 22 del TRLEP de Aragón 1/2015. En su número 1 establece la sujeción de los terrenos en ENP a la servidumbre forzosa de instalación de señales informativas e hitos de amojonamiento y en el número 2, se establece que dicha servidumbre lleva aparejada la obligación de los predios sirvientes de dar paso y permitir la realización de los trabajos necesarios para su colocación, conservación y renovación.

Estas normas constituyen ejemplos paradigmáticos de las denominadas «servidumbres administrativas» respecto de las que se discute si es procedente o no la aplicación supletoria del Código civil al amparo del artículo 4. La falta de claridad en su régimen jurídico y las imprecisiones que pueden llevar a dudar del sometimiento a la legislación administrativa o civil y, en consecuencia, a la resolución de los eventuales conflictos ante la jurisdicción civil o contencioso-administrativa, ha sido denunciada por la doctrina, también la administrativista (*vid.* CARRILLO DONAIRE, 2003 *in totum* y 2006, pp. 77-106) que ha señalado que la falta de concreción en la naturaleza y régimen jurídico se plasma en consecuencia en la falta del debido reconocimiento de consecuencias patrimoniales en algunos supuestos.

Por lo que respecta a Aragón, en mi opinión, cabe también plantear la posible aplicación del Código del Derecho Foral (en adelante, CDFFA) y si ha de desplazar o no al Código civil español, como derecho supletorio, para la interpretación del régimen jurídico de las servidumbres legales.

La Ley aragonesa 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, incorporada al vigente CDFFA de 2011, contiene una regulación que pretende ser pormenorizada de las servidumbres y las relaciones de vecindad, clarificando en mayor medida que el Código civil español la distinción entre ambas instituciones (*vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2013, pp. 71-75). Pero es para el ámbito civil.

Hay un párrafo en el extenso Preámbulo del CDFA en el que se encuentra esta afirmación: «En la nueva regulación, para evitar los anteriores inconvenientes, se introducen unas disposiciones generales sobre servidumbres con el suficiente detalle que evite la indebida injerencia de las normas del Derecho supletorio estatal» (apartado 40 del Preámbulo).

Al margen de la valoración de la utilización del término «injerencia», cuestión en la que ahora no me detendré, creo que puede ser discutible si ha de aplicarse el CDFA o el Código civil como «derecho común y supletorio civil». El CDFA no regula las «servidumbres legales» como sí hace el artículo 549 del Código civil, siguientes y concordantes. El artículo 561 CDFA alude a las servidumbres constituidas por voluntad de los titulares de fincas dominante y sirviente, por voluntad del titular de la finca dominante, con carácter forzoso para el de la finca sirviente, cuando la ley así lo contempla, por signo aparente y por usucapión.

Entiendo que el legislador aragonés se ciñe escrupulosamente a la regulación de servidumbres en el ámbito jurídico civil.

Ahora bien, derivado también del propio artículo 1.2 del CDFA, cabría afirmar que, en concreto, el artículo 557 del CDFA que regula el denominado «ejercicio civiliter» de las servidumbres se puede alegar para ser aplicado también tratándose de las servidumbres y limitaciones impuestas por las administraciones por imperativo legal. Dice el precepto «La servidumbre se ejerce de la forma más adecuada para obtener la utilidad de la finca dominante y, a su vez, del modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente».

Si bien en las servidumbres de señalización no cabe hablar de finca dominante y finca sirviente y siendo cierto que es norma legal administrativa la que impone la servidumbre legal, por muchos considerada más bien un límite o limitación al derecho de propiedad (siguiendo el modelo del artículo 25 de la Ley de Costas de 1988) no parece que haya que descartar rotundamente la aplicación del artículo 557 CDFA, ubicado entre las Disposiciones Generales de las servidumbres y que también concuerda con el principio general del artículo 538 CDFA para las «relaciones de vecindad», basado en el ejercicio de los derechos derivados de la propiedad conforme al principio de buena fe, sin causar mayor riesgo, perjuicio o incomodidad de los que resulten del uso razonable de la finca según su naturaleza, destino, condiciones generales del entorno y usos del lugar.

Estamos indudablemente ante normas previstas para las relaciones *inter privatos*, pero no deja de ser cierto que plasman en norma escrita principios informadores del Derecho Foral Aragonés, acaso aplicables en los supuestos indicados conforme al artículo 1.2 del CDFA que establece que «El Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan».

C) *Elasticidad del derecho de propiedad*

Se ha dicho también que falta la conciencia de uno de los caracteres esenciales del derecho de propiedad en su clásica configuración. Me refiero a la denominada «elasticidad del dominio» entendida como capacidad de recuperación automática de las facultades perdidas. Por ejemplo, fallecido el usufructuario, vuelven al nudo propietario automáticamente todas las facultades de aquél, y sin ningún requisito adicional. Sin embargo, no suele ser esta la visión en la gestión de los ENP. No debería ser preciso expediente alguno de reversión o recuperación de los usos y utilidades perdidos con ocasión de la declaración y planificación de terrenos o cuando cesen, incluso por razones físicas, las necesidades de protección que conllevaron las restricciones (RUIZ-RICO RUIZ, 2007, pp. 132-133).

Brinda un ejemplo interesante para la reflexión el caso resuelto en la STSJ de las Islas Baleares, c-a, de 15 de septiembre de 2015 (citada *supra*). La empresa impugnante interpuso re curso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio de su solicitud a fin de que se suprimiera del PGOU del municipio correspondiente, la servidumbre de paso peatonal impuesta sobre unos caminos ubicados en su propiedad para acceso a una playa. La servidumbre había sido impuesta en el PGOU, en aplicación del artículo 28.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio de Costas, pacíficamente considerada límite del derecho de propiedad sin derecho a indemnización a los particulares. Con posterioridad a la aprobación del PGOU, se aprobó el PORN que calificaba como «zona de exclusión» la playa para cuyo acceso del público en general se estableció la servidumbre de paso peatonal. Derivado de la imposibilidad de acceder el público al mar y a su ribera en la zona en cuestión (artículo 2 b) de la Ley 22/1988 de Costas, por tratarse de un paraje de alto valor ecológico y ambiental (motivo que provoca la calificación como Zona de Exclusión) deviene inviable la servidumbre legal de acceso al mar contemplada en el planeamiento municipal.

En el caso, no debería ser necesaria actuación alguna de las administraciones públicas para la extinción de la «servidumbre legal de paso peatonal» (considerada límite al derecho de propiedad) y la consiguiente consolidación del pleno dominio por la empresa que la soportaba.

D) *Enriquecimiento injusto*

Surgen otro tipo de reflexiones al hilo de la lectura de jurisprudencia y de documentación de litigios relacionados con la materia que tratamos. Me refiero a la circunstancia que se evidenció en el pleito que dio lugar a la STSJ de Cataluña, c-a, de 21 de diciembre de 2005. Los demandantes con fincas enclavadas en un Parque Natural, denunciaban en su escrito de demanda el claro contraste entre «el extraordinario beneficio para actividades turísticas y recreativas fuera del parque y la limitación de usos para las fincas de su interior» (*vid.* AMENÓS ÁLAMO, 2012, p. 515, nota 2).

No sé si la clásica figura del cuasicontrato, en concreto del enriquecimiento injusto serviría para resolver esta situación, ni si tendría algún sentido la reclamación meramente civil entre particulares al hilo de este claro fenómeno.

Los requisitos son, como todo Tratado de Derecho civil recuerda, a) enriquecimiento, b) empobrecimiento, c) relación de causalidad entre ambos y, d) falta de causa (por todos, LACRUZ BERDEJO, revisa RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil*, vol. II-2, Dykinson, Madrid).

Existe claramente causa legal para esta situación porque la ley declara el ENP y la planificación establece las restricciones que son causas, en principio, ajenas al enriquecido, pero no deja de ser cierto que en el caso, el enriquecimiento de una de las partes está bastante relacionado con el empobrecimiento de la otra. Insisto en que no puede obviarse que en el nexo causal interfiere decisivamente la necesidad de protección medioambiental y la declaración de utilidad pública de la misma en normas jurídicas, lo que podría obstaculizar una reclamación con éxito entre particulares.

2. Ablación de derechos y usos: privación de uso tradicional y consolidado

Siguiendo con mi exposición, me referiré ahora al estado de la cuestión en relación con la concreta ablación de derechos y usos. La primera regla, completamente consolidada y que afecta tanto al resarcimiento mediante expropiación, como en virtud de responsabilidad patrimonial de las administraciones es que no procede indemnizar en ningún caso todo aquello que no suponga «privación de un uso tradicional y consolidado».

La STC de 26 de marzo de 1987, así lo resolvió rotundamente y dicha doctrina se aplicó nuevamente en la más reciente del mismo TC de 19 de octubre de 1989, sobre la Ley Madrileña 1/1985, de 23 de enero del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares. Según el TC, solo habrá lugar a indemnización a los particulares cuando se impongan vínculos que no resulten compatibles con la «utilización tradicional y consolidada» de los predios. Esta doctrina también ha sido recogida posteriormente en jurisprudencia c-a, como por ejemplo en la STSJ Navarra de 29 de diciembre de 1995, entre otras. Y se exigen las dos cosas: uso tradicional y uso consolidado (ya en explotación podríamos decir).

En cuanto a cuáles son esos usos tradicionales y consolidados, sin duda, el agrícola, ganadero, forestal y cinegético.

Cabe también incluir el uso residencial o de vivienda y hasta el uso industrial, pero entonces es siempre necesario que exista «patrimonialización acreditada», es decir, no se indemnizan las meras expectativas, sino que debe existir ya una utilización normal y reiterada de las utilidades y aprovechamientos; en otro caso, no se resarcirán. En este sentido, es muy clara la célebre STS, sala c-a, de 7 de abril de 2009.

Dada esta exigencia, no debe desconocerse que será completamente imprescindible acreditar dicha «efectiva patrimonialización» por el interesado (conforme a la normativa urbanística y de ordenación territorial, que exige la gradual incorporación de los derechos al patrimonio del propietario), lo que no siempre es sencillo y tampoco escapa a la interpretación y apreciación según criterios que pueden resultar muy poco objetivos.

Yo añadiría que también se debe acreditar la pérdida de un uso que era legítimo y legal. No voy a entrar ahora en la cuestión sobre las edificaciones ilegalmente alzadas que pagan sus impuestos (IBI) con referencias catastrales y que, sin embargo, pueden carecer de todo tipo de autorizaciones y ser clandestinas incluso completamente ilegales (y de imposible legalización).

V. MODELOS DE RESARCIMIENTO

1. Tendencias de la jurisprudencia contencioso-administrativa: huida de las técnicas expropiatorias

En los casos en que se entiende que sí ha existido limitación que debe indemnizarse, ¿a través de qué vía o mecanismo se suele llevar a cabo tal resarcimiento? La doctrina administrativista subraya que los tribunales parecen inclinarse mayormente por aplicar la responsabilidad patrimonial de las administraciones y también la compensación mediante medidas de fomento y subvención para compensar a los particulares cuyos derechos se restringen en los ENP y que en la jurisprudencia están ganando terreno a las técnicas expropiatorias. Se denuncia así que el interesado pierde en estos casos las garantías que pudiera otorgarle un procedimiento expropiatorio propiamente tal (*vid.* AMENÓS ÁLAMO, 2012, pp. 513-336).

Es una afirmación muy razonable basada en el análisis de sentencias dictadas por nuestros tribunales de justicia aplicando las normas. Conviene llamar la atención de todos sobre lo que indudablemente puede constituir la utilización de técnicas y herramientas jurídicas diseñadas para otras finalidades y sin la debida depuración, en algunos casos, para resolver casos y situaciones diferentes.

2. Responsabilidad patrimonial de las administraciones

En relación con la aplicación de medidas de responsabilidad de las administraciones, y como siempre que se analizan cuestiones relacionadas con la responsabilidad extracontractual, o con el derecho de daños como se denomina preferentemente en los últimos tiempos, la casuística es muy variada y llena de matices y el margen para la interpretación, bastante amplio. Nos encontramos entonces en escenarios en que la habilidad del abogado puede llegar a ser decisiva para demostrar y probar el daño patrimonial efectivamente infligido a

consecuencia de una actuación ajena, en este caso, la declaración de ENP y su concreta planificación (¿por cierto, se podría añadir el daño moral?).

Es asimismo imprescindible utilizar medios de prueba de calidad, que lleven al tribunal a la convicción de que se ha producido una efectiva ablación de derechos injustificada y resarcible. Y esos medios de prueba no suelen ser baratos, como es fácilmente deducible de la jurisprudencia que citaré.

Debo recordar sucintamente que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones se atiene a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de RJAP y PAC. A diferencia de la responsabilidad civil entre particulares, en que se exige acción culposa o negligente, el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración se caracteriza por exigir:

- a) Lesión a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (por lo que es más «objetiva»),
- b) Daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- c) Que no exista deber jurídico de soportarlo por la víctima.
- d) Relación de causalidad probada entre la lesión causada y el funcionamiento del servicio público que permita la imputabilidad del daño a la Administración correspondiente.

Asimismo, hay que tener en cuenta que se excluye el daño producido por fuerza mayor y también es importante destacar lo previsto en el artículo 141.1 Ley 30/1992, de especial importancia para nuestro objeto de estudio.

Por lo que respecta a la obligación de responder de la Administración, como indica AMENÓS ÁLAMO (2012, pp. 521-522) interesa la STS de 30 de noviembre de 2010, Sala de lo c-a, que indica que la privación singular de actos legislativos de naturaleza en principio no expropiatoria, puede dar lugar a indemnización en tres supuestos:

- a) Cuando así lo prevea la propia norma.
- b) Cuando lo deduzca el juez de la interpretación de la voluntad tácita del legislador o de la «ratio legis» y siempre que se constate lesión o daño real y efectivo en los bienes y derechos de los particulares al margen de la potestad expropiatoria.
- c) Cuando la ley es declarada inconstitucional, pues, por definición, una ley así encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado.

Vemos así que es el propio responsable el que decide si lo es o no y, en definitiva, establece libremente si hay o no nexo causal. En mi opinión, no hay

que descartar la obligación de responder de las administraciones aunque no se haya previsto a priori en las normas. Pero habrá que lucharlo, si me permiten la expresión.

La jurisprudencia nos enseña también que, por ejemplo, los datos del Catastro relativos al uso, destino, clase de cultivo o aprovechamiento concreto de las fincas solo prevalecen «a efectos catastrales» por lo que puede quedar finalmente demostrado en contra del particular que es cierto otro tipo de uso (evidentemente, no defenderé que esta solución es injusta, sino todo lo contrario, pero convendrá tenerlo en cuenta). En este sentido, cabe citar la STS de 25 de septiembre de 2009, Sala 3ª, dictada en asunto en que se había discutido el uso de un terreno incluido en parque natural; según la administración eran tierras destinadas a encinar y matorral de retama con algunas encinas y enebros, pero el titular sostenía que la finca se dedicaba mayoritariamente a labores de secano para lo que invocaba referencias catastrales (*vid. AMENÓS ÁLAMO, 2012, p. 520, nota 5*).

3. Compensación a los particulares a través de medidas de fomento. Especial referencia al voto particular a la STS, c-a, 25 de septiembre de 2009

En cuanto a la compensación a los particulares a través de lo que se consideran medidas de fomento (subvenciones, ayudas, etc.), según parece, es la realidad más habitual prevista por las administraciones para resarcir lo que constituyen verdaderas restricciones de derechos.

Y para comprender el verdadero alcance de la utilización de estas medidas debe citarse la STS, c-a, de 25 de septiembre de 2009 que consideró que el artículo 6.1 de la Ley 20/1999, de creación del Parque Regional del curso Medio del Río Guadarrama y su entorno no planteaba dudas de constitucionalidad cuando dice que las vinculaciones, limitaciones y prohibiciones establecidas en el plan de ordenación, «no darán lugar a indemnización», y ello porque se deja a salvo e indemne la aplicación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que deberá responder ante los particulares por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos siempre que el daño esté acreditado, sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, y además porque la norma prevé en su artículo 6.2 diversas formas de compensación como ayudas, subvenciones y otras medidas de fomento.

No me atreveré a llevar la contraria al TS, pero sí me gustaría subrayar que hubo un voto particular disidente a la citada sentencia del Magistrado Yagüe Gil que me parece muy bien argumentado. Decía el magistrado que la privación prevista en la planificación medioambiental imponía restricciones a los particulares, evidentemente, plenamente justificadas por causa de utilidad pública o interés social, pero que deben compensarse con la pertinente indemnización, «y no con subvenciones o ayudas, que tienen naturaleza y finalidades distintas». Y señalaba también que la ley impugnada permitía la aplicación de la respon-

sabilidad patrimonial para otro tipo de daños, pero expresamente los excluía a rajatabla cuando las vinculaciones, limitaciones y prohibiciones se establecieran en el PORN. Finalmente, recordaba en el voto particular que para un caso similar, se resolvió de modo diferente por el mismo TS, en sentencia de 21 de octubre de 2003.

En el caso concreto, las limitaciones que se imponían en el citado PORN eran: a) prohibición de cambio de uso del suelo y circulación de maquinaria pesada; b) prohibición de dar muerte, dañar, molestar o inquietar a los animales silvestres; c) posibilidad de fijar perímetros de protección temporal para preservar la reproducción de la fauna; d) prohibición de señalización con signos y dibujos sobre piedras, árboles o cualquier bien de tipo natural; e) prohibición de acciones contrarias a la conservación de setos arbustivos y arbóreos, etc.

Las ablaciones parecen evidentes.

Siguiendo con la utilización de la técnica de las medidas de fomento, hay que señalar que sus moldes no son los de la responsabilidad por daños. Las medidas de fomento por su propia esencia, deben orientar las conductas de los particulares, y responden a otros criterios de atribución. No son (o no deberían) ser compensación sino verdadera decisión para el impulso futuro y la mejor gestión económica y social. Asimismo, en ocasiones es preciso tener, como es lógico en una medida de fomento, ciertas cualidades que no tiene sentido plantear cuando estamos en el ámbito de la responsabilidad por daño. Me refiero a la necesidad de acreditar ser agricultor a título principal, para recibir determinadas ayudas, muy extendida en las convocatorias de subvenciones. Es interesante, en este sentido, la STSJ de Asturias de 30 de septiembre de 2008. Todos los datos de sentencias los refiere el profesor ÁMENÓS ÁLAMO (2012, *op. cit.*, *loc. cit.*).

Por otro lado, la concesión de una ayuda o subvención no evitan que se pueda producir la expropiación o incluso se ejercite el derecho de retracto o de adquisición preferente a favor de las Administraciones públicas, previsto en el artículo 40 (antes de la reforma por Ley 33/2015, artículo 39) de la Ley 42/2007 de PNB y en otras normas autonómicas, al que se aludirá *infra*.

No pretendo tampoco seguir una tesis radical pues estoy bastante de acuerdo con lo que dirá don Pablo Munilla en su intervención a continuación. Es necesario el análisis económico del Derecho y posiblemente en la situación actual de crisis económica de las administraciones y ante el imperativo de preservación medioambiental, ésta sea solución justa y legítima.

4. Especial referencia al aprovechamiento forestal o silvícola y a los provechos cinegéticos

Uno de los supuestos en que más claramente se produce sacrificio de derechos indemnizables es en el aprovechamiento forestal o silvícola de los fundos.

Si bien existe normativa autonómica que llega a fijar con bastante detalle los criterios de valoración por su pérdida (como por ejemplo la Ley Foral 6/1996, de 17 de junio, de ENP de Navarra que toma en consideración la edad de madurez del aprovechamiento, la producción en metros cúbicos por hectárea anual, las deducciones del aprovechamiento por cumplimiento de reservas, el precio medio de aprovechamientos similares o las deducciones por gastos administrativos) y se puede citar jurisprudencia que ha reconocido el derecho de los propietarios por la prohibición de trabajos de aprovechamiento forestal con ocasión de la aprobación de un plan de ordenación de recursos naturales (así, la STS, Sala 3ª, de 21 de octubre de 2003, en que se acreditó cultivo y venta de la «sabina-mora»), es siempre necesario acreditar daño concreto producido, siendo muy dudoso que genere derecho a indemnización la prohibición genérica de actividades silvícolas (referencia jurisprudencial en AMENÓS ÁLAMO, 2012, *op. cit.*, *loc. cit.*).

Suele correr, sin embargo, mejor suerte la pérdida de provechos cinegéticos. La caza es en general uno de los aprovechamientos en los que más influye la declaración de ENP. También la doctrina administrativista ha delineado las tres posibilidades restrictivas (MENÉNDEZ SEBASTIÁN, 2007):

a) Prohibición de caza en parque natural, teniendo en cuenta que su declaración afecta a cotos que la practicaban legalmente, como es el caso de la STS, c-a, de 14 de febrero de 2006 que consideró que hubo ablación de derecho perfectamente patrimonializado y valorable y que, como tal, debe compensarse.

b) Privación de práctica cinegética solo en parte del coto o para determinadas piezas. Es el caso de la STS, c-a, de 29 de noviembre de 2005 que consideró que había ablación parcial compensable y que había de valorarse a efectos expropiatorios.

c) Reducción de aprovechamientos cinegéticos a través del Plan Técnico de Caza, compatibilizado con el PORN. En estos casos se tiene a considerar por la jurisprudencia que no hay ablación ni derecho a indemnizar, por constituir un deber del particular asumir la disminución de rendimientos orientada a asegurar la riqueza faunística del EN. Así lo entendió la STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de noviembre de 2005.

V. POSICIÓN DEL TITULAR COMO DAÑADO Y PERJUDICADO POR ESPECIES PROTEGIDAS: EJEMPLOS DE LA JURISPRUDENCIA. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Cierro ya el apartado primero y más voluminoso de mi intervención pasando al segundo que anuncié, es decir, quiero citar algunas sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa que muestran que los titulares de terrenos en ENP pueden también ser (y en muchos casos son) víctimas dañadas por las especies animales que se pretenden proteger y es justo y necesario que se protejan por