

Jurisprudencia constitucional: sobre las implicaciones ambientales de las sentencias del *estatut*, y las decisiones cautelares en los casos del *cabanyal* y el *parany*

GERMÁN VALENCIA MARTÍN

Sumario

Página

1.	INTRODUCCIÓN		
2.	LAS SENTENCIAS DEL <i>ESTATUT</i> (I): ASPECTOS AMBIENTALES SUSTANTIVOS.....		
	A) <i>Consideraciones previas</i>		
	B) <i>El derecho estatutario al medio ambiente y sus garantías</i>		
3.	LAS SENTENCIAS DEL <i>ESTATUT</i> (Y II): ASPECTOS COMPETENCIALES EN AGUAS, COSTAS Y VERTIDOS		
	A) <i>Consideraciones generales: el «blindaje» competencial</i>		
	B) <i>Agua y obras hidráulicas</i>		
	C) <i>Un título estatutario nuevo</i>		
	D) <i>Un sorprendente cambio</i>		
	<i>vertidos en cuencas intercomunitarias</i>		
4.	JURISPRUDENCIA CAUTELAR (I): EL CASO DEL <i>CABANYAL</i>		
	A) <i>A. moda de introducción</i>		
	B) <i>Planteamiento del caso</i>		
	C) <i>Los argumentos para el mantenimiento de</i>		
	D) <i>Una breve reflexión sobre el fondo constitucional del asunto</i>		
5.	JURISPRUDENCIA CAUTELAR (Y II): EL CASO DEL <i>PARANY</i>		
	A) <i>Antecedentes del caso</i>		
	B) <i>El discutible mantenimiento de la suspensión de la L</i>		
	C) <i>Breve apunte sobre el fondo constitucional del asunto</i>		
5.	SUBVENCIONES		

1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia 31/2010, de 28 junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña ha acaparado lógicamente la atención durante el año que reseñamos. Aunque es obvio que no se trata de una Sentencia de temática específicamente ambiental, ciertos pronunciamientos contenidos en ella misma o en alguno de sus corolarios pueden tener importantes implicaciones en la materia objeto de nuestro interés. Así, por ejemplo, la sorprendente conclusión de que la autorización de vertidos en cuencas intercomunitarias no es, como hasta ahora suponíamos, competencia estatal, sino autonómica, de lo cual obviamente nos ocuparemos en detalle.

Tras el largo alumbramiento de esta Sentencia, la jurisprudencia constitucional parece haber recobrado su pulso normal. Si a la mitad del ejercicio aquélla hacía el número 31, el año se cierra con 143. La vuelta a la normalidad afecta también a las Sentencias de temática competencial, escasas en los últimos años, pero de las que, sin contar la batería de Sentencias sobre el Estatut (siete), se dictaron seis en el último año. No obstante, sólo una de ellas, la STC 65/2010, nos concierne aquí, y sobre el poco novedoso tema de las subvenciones.

Aún no ha llegado a Sentencia ninguno de los interesantes asuntos cuya resolución cautelar hemos reseñado en los últimos números del Observatorio (la desaladora de Torrevieja, los Agentes forestales de la Comunidad de Madrid o los núcleos rurales preexistentes de los litorales gallego y canario). Pero, entretanto, el presente ejercicio nos vuelve a dejar dos nuevas decisiones provisionales en conflictos competenciales de interés ambiental: el posible expolio del barrio del *Cabanyal* en Valencia y la regulación de la caza de tordos con *parany* también en la Comunidad Valenciana. Prestaremos, pues, la debida atención a esta parte de la jurisprudencia constitucional que, en los últimos años, viene siendo tal vez la más sustanciosa desde el punto de vista ambiental.

2. LAS SENTENCIAS DEL *ESTATUT* (I): ASPECTOS AMBIENTALES SUSTANTIVOS

A) CONSIDERACIONES PREVIAS

Los siete recursos de inconstitucionalidad interpuestos en su día contra el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña han dado lugar a otras tantas Sentencias, todas ellas dictadas en el año 2010. La primera y principal es la ya mencionada STC 31/2010, de 28 junio, que resuelve el recurso presentado por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Las otras seis deciden los recursos interpuestos por los Ejecutivos de cinco Comunidades Autónomas (Aragón, Baleares, Comunidad Valenciana, Murcia y La Rioja) y el Defensor del Pueblo (SSTC 46 y 47/2010, de 8 de septiembre, 48/2010, de 9 de septiembre, 49/2010, de 29 de septiembre y 137 y 138/2010, de 16 de diciembre). En general, estas otras Sentencias (todas sobre temas más específicos, salvo la relativa al recurso del Defensor del Pueblo, también de amplio

espectro) no abordan impugnaciones ni argumentos nuevos, de modo que constituyen esencialmente Sentencias de remisión. Pero hay alguna excepción, y sobre todo una que nos interesa aquí muy particularmente: la impugnación de las competencias en materia de vertidos, no incluida en el recurso principal, pero sí en cambio en el interpuesto por el Gobierno Riojano, y afrontada por ello en la Sentencia que cierra la serie (STC 138/2010, de 16 de diciembre), de la que nos ocuparemos más adelante.

La STC 31/2010 es, pese a su extensión, una Sentencia de lenguaje austero y jurídicamente preciso y, por lo tanto, a mi juicio, en general de agradable lectura. Contiene declaraciones contundentes sobre el valor supremo de la Constitución, la unidad de España, la oficialidad del castellano o la unidad del Poder Judicial, pero también numerosas interpretaciones conformes, muchas veces forzadas, de distintos preceptos del *Estatut*, que ni siquiera son llevadas sistemáticamente al fallo, lo cual es justamente criticado en los Votos particulares de los Magistrados Conde, Delgado Barrio, Rodríguez-Zapata y Rodríguez Arribas. No creo que más allá de esto sea pertinente profundizar aquí en el análisis general de la Sentencia, por lo que paso a centrarme en sus aspectos con trascendencia ambiental.

Dos capítulos de las impugnaciones y por lo tanto de la Sentencia presentan especial interés desde esta perspectiva: el relativo a los derechos y deberes consagrados en el *Estatut*, entre los que figuran algunos relacionados con el medio ambiente; y el relativo a las competencias, en el que también se cuestionaron y sometieron a examen algunas de contenido ambiental.

B) EL DERECHO ESTATUTARIO AL MEDIO AMBIENTE Y SUS GARANTÍAS

El nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, a imagen y semejanza de la Constitución, había diseñado en su Título I (arts. 15 a 54) todo un completo sistema de derechos, deberes y principios rectores, acompañados de sus correspondientes garantías. Por razones de no fácil inteligencia, el medio ambiente aparecía relacionado tanto en el capítulo de los derechos y deberes del ámbito civil y social (art. 27) como en el de los principios rectores (art. 46), bien es verdad que no como caso único. Como garantías «judiciales» de los derechos estatutarios (art. 38. Tutela), el *Estatut* había previsto una especie de recurso previo de inconstitucionalidad frente a disposiciones con rango de ley ante el nuevo Consejo de Garantías Estatutarias (art. 38.1, en relación con el art. 76), y una suerte de recurso de amparo frente a actos (sin fuerza de ley) ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (art. 38.2).

En el recurso de los más de cincuenta Diputados del grupo parlamentario popular se impugnaron el planteamiento general del Título I, algunos específicos derechos y deberes y principios rectores (no los relativos al medio ambiente) y el sistema de garantías de los derechos estatutarios, en particular las que hemos llamado judiciales.

La cuestión básica, relativa a la aptitud de los Estatutos de Autonomía para establecer derechos y deberes de los ciudadanos y a la naturaleza de los mismos, había queda-

do resuelta, con la vista puesta sin duda en el caso presente, por la STC 247/2007, de 12 de diciembre, a propósito del derecho al agua del nuevo Estatuto de la Comunidad Valenciana, que comentamos por extenso en la edición de 2008 del Observatorio.

Como no podía ser de otra manera, la STC 31/2010 (F. 16) se remite en este punto, aunque sin aparente entusiasmo (sin borrar del todo la distinción entre derechos estatutarios y principios rectores, como acredita, por eje., el F. 28), a la doctrina entonces sentada, que podemos resumir del modo siguiente: los Estatutos de Autonomía pueden reconocer derechos de los ciudadanos en materias de competencia autonómica, en el bien entendido de que, cualquiera que sea su formulación, tales derechos no son sino simples principios rectores que vinculan únicamente a los poderes públicos autonómicos.

En virtud de esta doctrina, cabía entender ya resuelta esa especie de esquizofrenia del Estatuto catalán en materia ambiental, como hemos dicho no específicamente impugnada, en el sentido de que también el art. 27 enuncia simples principios rectores de la política social y económica catalana.

Cuestión novedosa, planteada en este recurso, era la relativa al ingenioso sistema de garantías diseñado por el *Estatut* para la específica tutela de los derechos estatutarios (no de los principios rectores), concebido sin duda para producir un resultado similar al sistema constitucional de garantía de los derechos fundamentales.

Es evidente, a mi juicio, que difuminada la distinción entre derechos estatutarios y principios rectores, en virtud de la doctrina (ahora reiterada) de la STC 247/2007, perdía su razón de ser la construcción de un sistema especial de garantías para los primeros. La Sentencia no hace este tipo de razonamiento, pero desmonta prácticamente por otras vías este régimen especial de protección.

En primer lugar, la Sentencia (F. 32) declara inconstitucional el carácter vinculante atribuido por el *Estatut* a los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias en este caso, es decir, en relación con proyectos o proposiciones de ley de desarrollo o que afectaran a derechos estatutarios (art. 76.4), por un doble motivo (según el momento procedimental en el que se insertara el dictamen): por suponer una «inadmisibles limitación de la autoridad y las competencias parlamentarias» (con vulneración del art. 23 CE) o por invadir, «materialmente» al menos, «el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley reservado por el art. 161 CE [al Tribunal Constitucional]». Este era el único supuesto de vinculatoriedad de sus dictámenes previsto y permitido por el *Estatut*. Desprovisto de esta función propia de la jurisdicción constitucional, el Consejo de Garantías Estatutarias (cuya composición y funcionamiento habían sido regulados por la Ley 2/2009, de 12 de febrero) queda relegado a la condición de puro órgano consultivo, como lo era el Consejo Consultivo de la Generalitat al que venía a sustituir.

Y, en segundo lugar, la Sentencia (F. 27) rechaza la impugnación (o hace una interpretación conforme sin reflejo en el fallo) del «recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña» por posible vulneración de los derechos estatutarios (o recogidos en la futura Carta de derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña), previsto por

el art. 38.2 del *Estatut*, con una argumentación, a mi juicio, particularmente huidiza en este caso, que consiste en negar la evidencia de que el referido precepto pretendía introducir una innovación procesal (crear una especie de recurso de amparo frente a derechos estatutarios), y en reducir su significado a la previsión de la intervención del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el genérico «sistema procesal de garantía de los derechos y libertades», que por supuesto será el establecido por la legislación estatal, a la que implícitamente remite el propio precepto («de acuerdo con los procedimientos establecidos en las leyes»), con lo que quedaría descartada cualquier lesión de la competencia exclusiva del Estado en esta materia (art. 149.1.6 CE), sin necesidad de pronunciarse sobre la admisibilidad o no de dichas vías procesales privilegiadas.

Esta forma de argumentar, utilizada con frecuencia por la Sentencia para salvar la constitucionalidad de variados preceptos del *Estatut* (según la cual el legislador estatal puede decidir con «total», «absoluta» o «perfecta» libertad no sólo sobre el «cómo», sino también sobre el «si» de cuestiones aparentemente decididas por el *Estatut*), es criticada con razón en los Votos particulares de los Magistrados Conde, Delgado Barrio y Rodríguez-Zapata, en la medida en que desvirtúa el valor normativo del *Estatut*, convirtiéndolo en una declaración de intenciones, pero sin garantizar la inocuidad de dichos preceptos, que se mantienen vigentes y cuya interpretación conforme ni siquiera es trasladada sistemáticamente al fallo, como ocurre en este caso (la Sentencia «oculta», a la que se refiere Rodríguez-Zapata en su Voto particular).

De todas formas, en el caso presente, resulta difícil imaginar que el legislador estatal convierta en realidad estas vías procesales privilegiadas para la protección de los derechos estatutarios, contempladas en el *Estatut* y en algún otro Estatuto de Autonomía, si se recuerda la tesis principal de la jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión, que reconduce tales derechos a la categoría de simples principios rectores, lo que haría poco justificable un trato procesal especial.

3. LAS SENTENCIAS DEL *ESTATUT* (Y II): ASPECTOS COMPETENCIALES EN AGUAS, COSTAS Y VERTIDOS

A) CONSIDERACIONES GENERALES: EL «BLINDAJE» COMPETENCIAL

El nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña configuró también en su Título IV (arts. 110 a 172) un ambicioso sistema de atribución de competencias, imitado luego por otros Estatutos de Autonomía, sobre todo el andaluz, que ha sido bautizado como de «blindaje», en un doble sentido: por definición y por descripción. Teniendo en cuenta que en nuestro sistema las competencias se reparten entre Estado y Comunidades Autónomas por materias y funciones, el blindaje por definición consiste en la delimitación del alcance de las funciones que son objeto de reparto competencial (funciones legislativa y ejecutiva y, en su caso, la distinción entre bases o legislación básica y legislación de desarrollo), lo que lleva a cabo el *Estatut* en el capítulo I del Título IV, bajo el rótulo «Tipología de las competencias». Y el blindaje por descripción consiste

en la especificación en relación con cada una de las materias sobre las que se asumen competencias de un conjunto mínimo de submaterias y/o funciones que integran «en todo caso» la respectiva competencia, lo que se lleva a cabo en el extenso capítulo II («Las materias de las competencias»).

Sin embargo, ambición y heterodoxia no equivalen necesariamente a inconstitucionalidad. Por eso la Sentencia (F. 60) sólo se ve en la obligación de declarar la inconstitucionalidad de la definición llevada a cabo por el *Estatut* de la función estatal sobre las «bases» o la «legislación básica» (la general contenida en el art. 111, y la particular y coincidente efectuada en materia de cajas de ahorro y demás entidades de crédito y seguros, arts. 120.2 y 126.2), que es lo reservado constitucionalmente al Estado en numerosas materias, sin ir más lejos en la que aquí importa, la «protección del medio ambiente» (art. 149.1.23 CE), por ser manifiestamente más restrictiva que la resultante de la jurisprudencia constitucional. En efecto, el *Estatut* pretendía ceñir dicha función al establecimiento de «principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley» (art. 111), cuando, como recuerda la Sentencia, la jurisprudencia constitucional ni circunscribe necesariamente las bases/legislación básica al ámbito de los «principios» ni excluye por sistema la posibilidad de que tales bases/legislación básica se contengan en normas reglamentarias o incluso en actos ejecutivos.

La Sentencia (F. 61), en cambio, no declara inconstitucionales el resto de definiciones (por eje., de la función ejecutiva), sin duda por reflejar de forma bastante aproximada las de la propia jurisprudencia constitucional, si bien cuidándose de advertir que tales «definiciones» estatutarias («de categorías constitucionales») no tienen sino un valor «descriptivo» («de una realidad normativa que les es en sí misma indisponible») y que, por supuesto, no condicionan ni vinculan la interpretación que en el futuro pueda llevar a cabo el Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución (F. 58). Aunque criticada también esta laxitud en los Votos particulares, cabe recordar, a mi juicio, como hace la propia Sentencia, que los viejos Estatutos de Autonomía también contenían ocasionalmente definiciones de algunas funciones competenciales, sin que ello hubiera suscitado mayores problemas.

Más novedoso era el llamado blindaje por descripción, que se apartaba de la técnica seguida hasta la fecha por los Estatutos de Autonomía, consistente en la identificación normalmente escueta de las materias, agrupadas en listas según la índole de las funciones asumidas en cada caso (es decir, la tipología competencial). Esta pormenorización de los contenidos mínimos materiales y/o funcionales de las competencias llevada a cabo por el *Estatut* era en muchos casos simple reflejo de las delimitaciones competenciales ya efectuadas por la jurisprudencia constitucional o del *statu quo* reinante, pero en otros iba claramente más allá.

La Sentencia (F. 64) tampoco objeta por principio esta técnica, conforme a una serie de consideraciones generales que le sirven también para preparar el ulterior examen de las impugnaciones de competencias concretas, y que se pueden resumir como sigue: (1) Al igual que las definiciones, estas especificaciones de los contenidos mínimos de las competencias tendrían un valor simplemente «descriptivo», no condi-

cionante de su interpretación última por el Tribunal Constitucional; (2) Tales especificaciones en ningún caso impedirían el despliegue de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado, aunque no se haga salvedad de las mismas (por otro lado, innecesaria), incluido el de las competencias básicas, que podría imponer rectificaciones en estos catálogos pormenorizados; y (3) El ulterior examen de las impugnaciones de competencias concretas será necesariamente superficial y provisional (pues «por mayor que pueda ser su grado de definición en la letra del Estatuto, requiere[n] del concurso de una normativa de aplicación y desarrollo aún inexistente»), sin impedir su reconsideración al hilo de eventuales y futuras controversias sobre el ejercicio de las mismas («atendida entonces en su entera dimensión cada concreta controversia competencial [será cuando] pueda esperarse de nosotros la más precisa y acabada delimitación de los contornos competenciales que pudiesen estar en litigio»).

Así relativizada la fuerza normativa del Estatut en este terreno (lo que tampoco escapa a la censura de los Votos particulares), no resulta sorprendente que el Tribunal, en esta Sentencia y en las ulteriores de la serie, rechace todas y cada una de las impugnaciones de competencias concretas (salvo las ya indicadas definiciones del alcance de lo básico en materia de cajas de ahorro, entidades de crédito y seguros), siquiera sea sometiendo algunas veces los preceptos impugnados a algún tipo de interpretación conforme adicional. En realidad, también los viejos Estatutos de Autonomía contenían, como es sabido, algunos excesos competenciales (por ejemplo, en cuanto a la calificación como exclusivas de competencias que realmente no lo eran), que la jurisprudencia constitucional había venido salvando con razonamientos similares, sin poner en cuestión la constitucionalidad de aquéllos. En esta ocasión, el Tribunal se enfrentaba directamente, por vez primera, a los posibles excesos competenciales de un Estatuto de Autonomía, pero, a pesar de ello y de las diferencias cualitativas del caso presente, ha preferido rehuir ese tipo de confrontación y confiar en el arsenal defensivo que resta en sus manos.

En realidad, y bajo las premisas indicadas, no hubiera constituido una gran sorpresa que las Sentencias del *Estatut* se hubieran abstenido por completo de enjuiciar las impugnaciones competenciales concretas. Pero el caso es que no lo han hecho, lo cual tiene indudables consecuencias. Así, mientras que sobre competencias no impugnadas cabe mantener la duda de su constitucionalidad (por el carácter meramente «descriptivo» de los preceptos, etc.), no ocurre lo mismo respecto de aquellas que han sido impugnadas y cuya constitucionalidad ha confirmado el Tribunal, siquiera sea de forma provisoria (por atenernos a los criterios generales de enjuiciamiento ya expuestos). Ocurre, además, que para confirmar la constitucionalidad de alguna de las competencias impugnadas, el Tribunal ha tenido que llevar a cabo rectificaciones (no siempre explícitas) de su jurisprudencia anterior, y que, por la índole de los fundamentos competenciales barajados, las conclusiones trascenderían con mucho el caso del Estatuto catalán (eventualidad a la que también hace alusión la propia STC 31/2010, F. 2), implicando una reasignación general de las mismas a favor de las Comunidades Autónomas, de todo lo cual hay precisamente ejemplos en materia ambiental, como veremos seguidamente.

De entre los preceptos más específicamente ambientales, únicos de los que lógicamente vamos a ocuparnos aquí, en el recurso principal o en otros de la serie se impugnaron algunos apartados de los arts. 117 (Agua y obras hidráulicas), 144 (Medio ambiente, espacios naturales y meteorología) y 149 (Ordenación del territorio y del paisaje, del litoral y urbanismo).

B) AGUA Y OBRAS HIDRÁULICAS

En el recurso interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso se impugnaron ya los cinco apartados del art. 117 del *Estatut*, en el que se recogen las competencias de Cataluña en materia de aguas y obras hidráulicas. Todas las impugnaciones fueron rechazadas por la STC 31/2010 (F. 65) con argumentos ya en parte aludidos.

El apartado 1 calificaba como exclusiva la competencia autonómica en materia de aguas pertenecientes a cuencas intracomunitarias, describiendo luego en cinco letras el alcance mínimo de dicha competencia («que incluye en todo caso...»). El recurso se basaba en que por su redacción tales especificaciones desconocían la existencia de competencias reservadas constitucionalmente al Estado incluso en este tipo de cuencas, en particular las planificadoras derivadas del art. 149.1.13 CE, a lo que la Sentencia responde con el argumento ya conocido de que «la atribución por el Estatuto de competencias exclusivas sobre una materia (...) no puede afectar a las competencias sobre materias o submaterias reservadas al Estado, que se proyectarán, cuando corresponda, sobre las competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya otorgado el legislador estatal con *plena libertad de configuración*, sin necesidad de que el Estatuto incluya cláusulas de salvaguarda de las competencias estatales».

Los apartados 3 y 5 del art. 117 garantizaban, entre otras cosas, la participación de la Generalitat en la planificación y en los órganos de gestión de las cuencas intercomunitarias, así como en la planificación de los recursos hídricos provenientes del extranjero que pasen o finalicen en Cataluña. El recurso se basaba en la supuesta inidoneidad de los Estatutos para condicionar el ejercicio de competencias estatales, a lo que la Sentencia responde (como en otras impugnaciones similares) que el Estatuto de Autonomía no es sede normativa inadecuada para contemplar «mecanismos o fórmulas cooperativas como las que en él se enuncian en asuntos en los que claramente resultan implicadas las competencias e intereses de la Comunidad Autónoma», teniendo además presente que «es al legislador estatal (...) al que corresponde determinar *con entera libertad* la participación expresada, su concreto alcance y su específico modo de articulación», y añadiendo (ésta sí es una precisión importante efectuada por la Sentencia con carácter general, y llevada al fallo al examinar en el F. 111 la impugnación del art. 174.3) que tal participación «no podrá tener lugar en órganos de carácter decisorio», debiendo dejar a salvo «la titularidad de las competencias estatales (...) y la *perfecta libertad* que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado».

El apartado 2 atribuía a la Generalitat, entre otras cosas, competencias ejecutivas sobre «obras [hidráulicas] de interés general», pero «en los términos establecidos por la legislación estatal», precisión ésta que le basta a la Sentencia para rechazar la impugnación, recordando que «es al Estado, titular exclusivo de la competencia [sobre obras de interés general *ex art. 149.1.24 CE*], al que, *con plena libertad de configuración*, le corresponde determinar (...) la atribución de la competencia autonómica» (todas las cursivas son nuestras).

Por último, el apartado 4 preveía el «informe preceptivo» de la Generalitat «para cualquier propuesta de trasvase de cuencas que implique la modificación de los recursos hídricos de su ámbito territorial», incluidos pues los trasvases afectantes a cuencas intercomunitarias, que era el motivo de la impugnación. Para la Sentencia, sin embargo, y no le falta razón, dicho apartado no vulnera la competencia estatal *ex art. 149.1.22 CE*, «pues el informe que ha de emitir la Generalitat (...) es un informe, aunque preceptivo, no vinculante, que se compadece con el principio de cooperación que ha de presidir las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma».

En los recursos interpuestos por los Ejecutivos de la Comunidad Valenciana, la Región de Murcia y La Rioja, resueltos por las SSTC 48, 49 y 138/210, respectivamente, se volvía a insistir en la impugnación de este artículo 117 del Estatut, en detalles y con argumentos a veces nuevos, pero que las referidas Sentencias rechazan esencialmente por remisión a lo ya decidido y argumentado en el F. 65 de la STC 31/2010 (con la crítica, por este motivo, del Magistrado Rodríguez-Zapata en el Voto particular a la Sentencia sobre el recurso murciano).

C) UN TÍTULO ESTATUTARIO NUEVO: AUTORIZACIONES Y CONCESIONES EN EL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

Del art. 149 (Ordenación del territorio y del paisaje, del litoral y urbanismo) se impugnaron en el recurso principal los apartados 2, 3 b) y 4, de los que sólo vamos a tratar aquí el segundo. El apartado 3 del art. 149 atribuía a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de ordenación del litoral, respetando el régimen general del dominio público, con inclusión en todo caso, entre otras cosas, de: «b) La gestión de los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo terrestre, especialmente el otorgamiento de autorizaciones y concesiones y, en todo caso, las concesiones de obras fijas en el mar, respetando las excepciones que puedan establecerse por motivos medioambientales en las aguas costeras interiores y de transición».

A mi juicio, esta asunción autonómica de la competencia ejecutiva para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones en el dominio público marítimo-terrestre suponía una alteración del *statu quo*, una auténtica novedad, luego recogida literalmente por el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía (art. 56.6 de la Ley Orgánica 2/2007) y también, parcialmente al menos, por el nuevo Estatuto de las Islas Baleares (art. 32.17 de la Ley Orgánica 1/2007).

En efecto, hasta la fecha, esa competencia venía siendo ejercida por la Administración General del Estado, por atribución de la Ley de Costas [art. 110 b), entre otros], cuya constitucionalidad en este punto había sido confirmada por la STC 149/1991, de 4 de julio. En efecto, la STC 149/1991 [F. 4 A) y G) y 7 A)] admitió que en este terreno eran posibles distintas soluciones desde el punto de vista constitucional, en virtud de la disociación característica de nuestro sistema entre titularidad y competencias sobre el dominio público. Ahora bien, negó también que la competencia autonómica sobre «ordenación del litoral», por entonces ya asumida en los Estatutos, arrastrara necesariamente consigo la competencia para el otorgamiento de los títulos de ocupación o utilización del dominio público marítimo-terrestre, a los fines propios de esta normativa, que son los garantizar la integridad física y jurídica del demanio; así como que constitucionalmente fuera inevitable la reducción de la titularidad estatal de estas dependencias a un simple «nudo dominio». Por ello, y ante la falta de otros títulos competenciales autonómicos más específicos en la materia, consideró constitucionalmente legítimo que el Estado, como titular indiscutible de estos bienes, se reservara a través de la Ley de Costas la competencia en cuestión, sin perjuicio de las demás intervenciones exigibles por otros motivos para el ejercicio de las actividades correspondientes.

Esto es precisamente lo que hace el nuevo Estatuto catalán, y siguiendo su ejemplo los Estatutos andaluz y balear, habilitar un nuevo título competencial específico a favor de las respectivas Comunidades Autónomas que permita desplazar la competencia estatal (residual) en la materia, lo que a la luz de la doctrina sentada en la STC 149/1991 resulta, a mi juicio, constitucionalmente irreprochable.

La competencia de que estamos hablando ha adquirido recientemente cierta notoriedad en relación con la problemática de los «chiringuitos» de playa anteriores a la Ley de Costas, pero desajustados a sus previsiones y a las del Reglamento de Costas. El Ministerio de Medio Ambiente ha iniciado recientemente el derribo de estos chiringuitos en el litoral valenciano, pero sin acometer actuaciones similares en la costa andaluza, catalana o balear, al no ser ya de su competencia, y sin que tales actuaciones hayan sido impulsadas por las respectivas Administraciones autonómicas. En este contexto, es perfectamente comprensible la sensación de agravio comparativo del sector y las autoridades valencianas. La Ley es en teoría la misma para todos, pero en la práctica no es irrelevante quién tenga atribuida la competencia para su aplicación. Ahora bien, en este caso se trata, en mi opinión, por lo ya explicado, de una legítima diferencia estatutaria, de modo que la Comunidad Valenciana no puede solicitar sin más el traspaso de funciones, sino que, si pretende igualarse, debería hacerlo por los cauces constitucional y estatutariamente previstos (reforma del Estatuto o Ley Orgánica de transferencia o delegación).

La STC 31/2010 (F. 92) también rechaza la impugnación y confirma la constitucionalidad de este precepto estatutario, pero lo hace, a mi juicio, con argumentos no sólo desacertados, sino también en este caso paradójicamente injustos con el *Estatut*.

En efecto, para la Sentencia este precepto no aportaría nada nuevo, reteniendo el Estado la competencia para el otorgamiento de dichas autorizaciones y concesiones o, al menos, la plena disponibilidad sobre su adjudicación:

«Dado que la Generalitat ostenta competencias de ordenación del litoral y otras específicas (sobre puertos de competencia autonómica, instalaciones de ocio, marisqueo y acuicultura, entre otras), la competencia estatal de protección del demanio concurre con las señaladas competencias autonómicas, de modo que (...) aquélla no resulta vulnerada. La norma estatutaria impugnada se limita a reconocer a la Generalitat las señaladas funciones ejecutivas de su competencia cuyo ejercicio expresamente se somete al respeto del "régimen general del dominio público", lo que implica su plena sujeción a las potestades estatales, pues dicho régimen corresponde establecerlo al Estado, titular del demanio, con libertad de configuración».

También yerra la Sentencia su juicio sobre las «concesiones de obras fijas en el mar» (a las que hasta ahora no habíamos hecho referencia), cuyo otorgamiento la Ley de Costas atribuía igualmente al Estado [art. 110 b)]. La STC 149/1991 [F. 7 A)] confirmó la constitucionalidad de esta atribución, porque la competencia sobre ordenación del territorio (o del litoral), que era la única que por entonces podían esgrimir las Comunidades, «no se extiende al mar». El caso es que ahora el Estatuto catalán (y el andaluz y el balear) añade un título específico, una nueva apertura al mar de las competencias autonómicas, lo que serviría para legitimar la asunción de esa competencia, siquiera sea con algunas limitaciones que la Sentencia no indaga, porque de nuevo desenfoca el problema. A su juicio, tampoco habría aquí nada nuevo:

«(...) no es posible descartar la existencia de obras fijas situadas en el mar que se proyecten sobre las aguas de la zona marítimo-terrestre (territorio autonómico) o sobre el mar territorial (que no tiene tal condición) y que tengan como referencia, en ambos casos, competencias de las Comunidades Autónomas en los términos estrictos antes señalados, siendo entonces legítima la previsión del precepto estatutario impugnado que atribuye la competencia ejecutiva a la Generalitat, pero sometiéndola, como reza el encabezamiento del precepto, al "régimen general del dominio público", cuyo establecimiento corresponde al Estado».

D) Un sorprendente cambio jurisprudencial: la competencia autonómica para la autorización de vertidos en cuencas intercomunitarias

Del art. 144 del *Estatut* (Medio ambiente, espacios naturales y meteorología) en el recurso principal sólo fue impugnado el apartado 5, que atribuía a la Generalitat «el establecimiento de un servicio meteorológico propio», por supuesta vulneración de la competencia exclusiva del Estado en materia de «servicio meteorológico» (art. 149.1.20 CE). La STC 31/2010 (F. 88) despacha, no obstante, con facilidad esta impugnación, argumentando, posiblemente con razón, que: «esta competencia estatal no impide que los Estatutos de Autonomía puedan atribuir la correlativa competencia sobre el mismo objeto jurídico siempre que, de un lado, se restrinja al territorio de la Comunidad Autónoma y, de otro, no limite la plena competencia estatal sobre meteorología en la totalidad del territorio español».

De mucha más enjundia era la impugnación del apartado 1 g) de ese mismo artículo efectuada en el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de La Rioja,

resuelta por la STC 138/2010, de 16 de diciembre, que por su sorprendente desenlace y trascendencia hemos dejado para el final.

En efecto, en el marco de las competencias de la Generalitat en materia de medio ambiente (art. 144.1), calificadas en el encabezamiento de este precepto como compartidas, la letra g) incluía («en todo caso») una competencia en materia de «vertidos» expresada en los siguientes términos: «La regulación y la gestión de los vertidos efectuados en las aguas interiores de Cataluña, así como de los efectuados en las aguas superficiales y subterráneas que no pasen por otra Comunidad Autónoma. *En todo caso, dentro de su ámbito territorial, corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva sobre la intervención administrativa de los vertidos en las aguas superficiales y subterráneas*» (la cursiva es nuestra).

Especialmente problemática era la competencia prevista en este último inciso, que (como resulta del conjunto del precepto) suponía la atribución a la Generalitat de una competencia hasta ahora considerada de titularidad estatal: la ejecución de la normativa sobre vertidos (otorgamiento o denegación de autorizaciones de vertido, etc.) en aguas continentales pertenecientes a cuencas intercomunitarias (por ej., en aguas del Ebro).

En efecto, como es bien sabido, la Ley de Aguas optó por el criterio de cuenca (inter *vs.* intracomunitarias) para el reparto de competencias en materia de aguas (de «recursos y aprovechamientos hidráulicos», art. 149.1.22 CE), y en coherencia con ello atribuyó al Estado, entre otras funciones, «el *otorgamiento de autorizaciones* referentes al dominio público hidráulico, así como la tutela de éste, *en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma*», contemplando expresamente la posibilidad de encomendar su tramitación a las Comunidades Autónomas [art. 15.d) de la Ley 29/1985, y 17.d) del vigente Texto Refundido de la Ley de Aguas]. La regulación posterior de las autorizaciones de vertido dentro de la propia Ley (en el Título V, relativo a la protección del dominio público hidráulico y de la calidad de las aguas continentales) seguía este mismo planteamiento competencial (arts. 92 a 100 de la Ley 29/1985; y 100 a 108 del vigente Texto Refundido).

La STC 227/1988, de 29 de noviembre, como también es sabido, confirmó con carácter general la constitucionalidad de este criterio de reparto competencial en materia de aguas, y lo confirmó también, en particular, por lo que se refiere a la aplicación de la normativa de vertidos, al entender que, al menos desde esta perspectiva, «la policía de aguas [y dentro de ella los vertidos] debe entenderse comprendida en el concepto de aprovechamientos hidráulicos» (F. 25, y en el mismo sentido, los F. 21 y 26), es decir, que en la ejecución los vertidos son competencialmente «aguas». Esto no es óbice para que la propia STC 227/1988 (F. 26), desde el punto de vista normativo, considere la regulación de vertidos contenida en la Ley de Aguas «legislación básica en materia de protección del medio ambiente» (art. 149.1.23), que es lo que permite extender su exigibilidad a las cuencas intracomunitarias.

Con este entendimiento de las cosas se había operado pacíficamente hasta el momento. Por esta razón, por ejemplo, se exige informe, preceptivo y vinculante, del

Organismo de cuenca correspondiente en el procedimiento de otorgamiento de una autorización ambiental integrada cuando la instalación contemple la realización de un vertido en «cuencas intercomunitarias» (art. 19 de la Ley 16/2002, de julio, de prevención y control integrados de la contaminación). También Cataluña era, según creo, la única Comunidad Autónoma en relación con la cual se habían hecho efectivas las previsiones de la propia Ley de Aguas de encomienda de gestión para la tramitación (hasta la «propuesta de resolución») de las autorizaciones de vertido en cuencas intercomunitarias (Real Decreto 2646/1985, de 27 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Generalitat de Cataluña en materia de obras hidráulicas).

El nuevo Estatuto, como ya nos consta, da un paso más allá, y por este motivo fue impugnado por el Gobierno riojano, por supuesta vulneración del reparto de competencias en materia de aguas, tal cual ha quedado expuesto. Sin embargo, la STC 138/2010 (F. 4) rechaza la impugnación y confirma la constitucionalidad del art. 144.1.g) del Estatut. Y lo curioso es que lo hace, sin mencionar siquiera la STC 227/1988, reconduciendo la temática de los vertidos íntegramente, tanto en su vertiente normativa como ejecutiva, a la materia competencial «protección del medio ambiente», de lo que obviamente se sigue la legitimidad de la asunción estatutaria: «Si, como hemos dicho, el encuadramiento adecuado de la materia "vertidos" es el título de medio ambiente, nada impide que el Estatuto de Autonomía de Cataluña incorpore tal atribución, pues el art. 149.1.23 CE reserva al Estado la "legislación básica", pudiendo las Comunidades asumir competencias ejecutivas, como así se hace».

Para fundamentar este encuadramiento competencial, la Sentencia (F. 4), que como hemos dicho se olvida de la STC 227/1988, invoca, aparte del propio *Estatut*, la STC 110/1998 [«De entrada, debemos señalar que, de acuerdo con lo que declaramos en la STC 110/1998, de 21 de mayo (F. 6), los vertidos deben encuadrarse en el título competencial «medio ambiente...»], lo cual es no menos sorprendente, porque tampoco de esta Sentencia se deducía tal cosa.

La STC 110/1998, dictada en un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley castellano-leonesa 6/1992, de protección de ecosistemas acuáticos y regulación de la pesca, hubo de pronunciarse entre otras cosas sobre la previsión de un informe preceptivo y *vinculante* de la Junta de Castilla y León sobre las materias de su competencia en las autorizaciones de vertidos al dominio público hidráulico, que la Ley daba por sentado eran de competencia estatal (cuencas intercomunitarias). Lo que decía realmente el F. 6 de la STC 110/1998 era lo siguiente: «La STC 15/1998 (F. 9), en consonancia con la doctrina previamente establecida en las SSTC 227/1988 [F. 23 F) (sic)] y 149/1991 [F. 4 F)], declaró que la materia "vertidos" constituye un título específico incardinado en las competencias de medio ambiente, y que la regulación de los mismos contenida en el Capítulo Segundo del Título V de la Ley 29/1985, de Aguas, tiene el carácter de normas básicas de protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE), *entre las que se encuentra la que dispone el sometimiento de los vertidos a un sistema general de autorización administrativa por el respectivo Organismo de cuenca*» (la cursiva es nuestra). Para acabar

concluyendo la inconstitucionalidad del referido informe «vinculante», por suponer «una interferencia directa en el régimen de autorizaciones previsto en la Ley de Aguas y, por lo tanto, una invasión de la competencia del Estado sobre la legislación básica en materia de medio ambiente que, en este caso, está al servicio de una unidad mínima en la gestión medioambiental de las cuencas supracomunitarias» (F. 6).

En fin, nada más lejos de lo que nos hace creer la STC 138/2010. Es verdad que la STC 110/1998 situaba el fundamento de la competencia estatal sobre las autorizaciones de vertidos en cuencas intercomunitarias en la legislación básica en materia de medio ambiente (art. 149.1.23 CE), y no en la competencia exclusiva del Estado en materia de aguas pertenecientes a dichas cuencas (art. 149.1.22 CE), que era a mi juicio el criterio de la Sentencia de Aguas, pero, por una vía u otra, lo que no cabe es traerla en apoyo de una conclusión radicalmente distinta, como la ahora alcanzada.

Llega el momento de extraer conclusiones. Vaya por delante que, en mi opinión, la nueva tesis propugnada por la STC 138/2010 es, en sí misma, constitucionalmente tan defendible como la anterior. La aplicación del principio de integración o ubicuidad de lo ambiental como fundamento de la retención por parte del Estado de competencias ejecutivas en la materia resulta siempre problemática. Se armonizaría así también el tratamiento de las autorizaciones de vertidos en aguas continentales con el de las autorizaciones de vertidos de tierra a mar, que siempre han sido competencia autonómica, y cuyo fundamento, para solventar problemas interpretativos derivados de las diferencias de redacción entre los Estatutos, la STC 149/1991 [F. 4 f)] situó ya expresamente en una competencia común: la ejecución de la legislación ambiental, precedente éste al que dicho sea de paso tampoco alude la STC 138/2010. Es más, la asunción autonómica de esta competencia presentaría, a mi juicio, ventajas prácticas: las autorizaciones ambientales integradas podrían ser más «integradas» que ahora, etc. Hasta es posible que las Confederaciones Hidrográficas agradeciesen verse aliviadas de esta tarea.

Pero lo que, a mi juicio, no es defendible es que una rectificación jurisprudencial de esta trascendencia se produzca con una argumentación tan débil, que no analiza con rigor y profundidad la doctrina anterior. La STC 138/2010 (la última de la serie) ya no cuenta con votos particulares ni consta siquiera el resultado de la votación, a diferencia de la anterior (la 137/2010) en la que aquéllos se sustituyeron por la expresión del voto de cada Magistrado.

El propio Tribunal ha atribuido, como ya dijimos (STC 31/2010, F. 64), un cierto carácter de «provisionalidad» a sus pronunciamientos sobre los temas competenciales concretos planteados en torno al *Estatut*, pero mientras llega la ocasión de confirmar o desmentir la nueva jurisprudencia, y ésta es mi siguiente conclusión, se debería abrir un periodo de reflexión seria sobre el asunto.

A diferencia de lo que dijimos en relación con las autorizaciones y concesiones en el dominio público marítimo-terrestre, la autorización de vertidos en cuencas intercomunitarias no puede ser tratada, dado el fundamento competencial hallado por la STC 138/2010, como una singularidad del Estatuto catalán. Andalucía ha asumido

y ejerce ya (*vid.*, el Real Decreto 1666/2008, de trasposos en la materia) esa misma competencia con otro fundamento competencial (su competencia exclusiva sobre las aguas de la Cuenca del Guadalquivir «que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma», art. 51 de su nuevo Estatuto de Autonomía), cuya constitucionalidad está *sub iudice* (recurso de inconstitucionalidad núm. 5120/2007, interpuesto por la Junta de Extremadura). Pero el fundamento de la competencia catalana (ejecución en materia ambiental) es absolutamente generalizable, y pertenece ya, sin necesidad de reformas estatutarias ni otros mecanismos, a todas las Comunidades Autónomas.

Mal haría, creo, el Ministerio de Medio Ambiente, si se materializa el ejercicio por la Administración catalana de esta competencia (más aún si se verifican trasposos de funciones y servicios por esta causa), en no darle al problema la dimensión general que realmente tiene (acometiendo, en su caso, las reformas oportunas de la legislación vigente), incluso aunque el resto de Comunidades Autónomas no muestren en principio interés, porque en cualquier momento puede saltar la liebre, como se suele decir. Tampoco la Generalitat valenciana había expresado jamás ningún interés en asumir la responsabilidad sobre las cuencas intracomunitarias de la Comunidad Valenciana hasta ahora gestionadas en el marco de la Confederación Hidrográfica del Júcar, y una Sentencia del Tribunal Supremo (STS de 20 de octubre de 2004) le obligó a hacerlo, con el simple argumento de que las competencias son indisponibles.

4. JURISPRUDENCIA CAUTELAR (I): EL CASO DEL CABANYAL

A) A MODO DE INTRODUCCIÓN

La Generalitat valenciana no parece tener excesiva suerte en materia cautelar ante el Tribunal Constitucional. En el año 2010 ha vuelto a perder en dos asuntos de especial sensibilidad, que resultan ambos de interés para nosotros: el de la reforma del barrio del *Cabanyal* en Valencia, y el de la caza de tordos con *parany*. En efecto, los AATC 104/2010, de 28 de julio, y 56/2010, de 19 de mayo, acordaron mantener la suspensión, en tanto se dicta Sentencia, de la vigencia de las Leyes valencianas 2/2010, de 31 de marzo, de medidas de protección y revitalización del conjunto histórico de la ciudad de Valencia, y 7/2009, de 22 de octubre, de reforma de los artículos 7 y 10 de la Ley 13/2004, de 27 de diciembre, de caza de la Comunidad Valenciana, respectivamente.

No era conveniente, en estos casos, limitarse a una simple lectura de los Autos. Los dos asuntos cuentan tras de sí con una larga historia judicial antes de desembocar en el Tribunal Constitucional, que parecía obligado tener en cuenta. El estudio de estos antecedentes, que resumiré en cada uno, me ha llevado a corregir algunas de las impresiones iniciales. Pensaba que, en ambos casos, la decisión del Tribunal, desde el punto de vista cautelar, había sido correcta, aunque no enteramente su fundamentación. Paradójicamente, tampoco lo primero me parece ya tan claro en el caso del *parany*.

B) PLANTEAMIENTO DEL CASO

El barrio del *Cabanyal* (*El Cabanyal-El Canyamellar*) es un antiguo barrio de origen marinerо (de pescadores) de la ciudad de Valencia, que llegó a ser municipio independiente entre 1837 y 1897 (con el nombre de *Poble Nou de la Mar*), y que se extiende hoy en forma de rectángulo desde el Puerto de Valencia en dirección al norte y en paralelo al mar (a la playa de la Malvarrosa).

En el año 1993, el Gobierno valenciano, al amparo de las previsiones de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, declaró Bien de Interés Cultural el conjunto histórico de Valencia (Decreto 57/1993, de 3 de mayo), incluyendo junto al área central (recinto amurallado y primer ensanche) el área del *Cabanyal* (el núcleo original del ensanche del *Cabanyal*), del que en la motivación se destaca su «peculiar trama en retícula derivada de las alineaciones de las antiguas barracas [de pescadores], en las que se desarrolla una arquitectura popular de clara raigambre eclecticista».

Retomando viejas iniciativas en el mismo sentido, en 2001 la Generalitat Valenciana (Resolución de 2 de abril de 2001 de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte) aprobó definitivamente el Plan Especial de Protección y de Reforma Interior del *Cabanyal-Canyamelar* de Valencia (PEPRI), previamente tramitado y aprobado por el Ayuntamiento, que contemplaba (como elemento polémico) la prolongación hasta la playa de la Avenida Blasco Ibañez (antiguo Paseo al Mar) a través del barrio del *Cabanyal*, con el consiguiente derribo de numerosas viviendas y su división en dos.

El PEPRI fue recurrido directamente en vía contencioso-administrativa por la Asociación de vecinos *Salvem el Cabanyal*, y durante la tramitación del recurso (esto importa destacarlo aquí) fue suspendida su ejecución por Auto del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 29 de enero de 2002, confirmado en casación por Sentencia la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª) del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2004.

No obstante, el recurso fue luego desestimado por Sentencia también del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de octubre de 2004, que consideró el Plan conforme a la ya a la sazón vigente Ley del Patrimonio Cultural Valenciano (Ley 4/1998, de 11 de junio), y en particular a su art. 39.2.a), de similar redacción al art. 21.3 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, que exige el mantenimiento de la estructura urbana y arquitectónica y de la silueta paisajística de los conjuntos históricos declarados Bienes de Interés Cultural, sin cambios en las alineaciones y otros elementos «salvo que contribuyan a la mejor conservación del conjunto». La Sentencia llegó a esta conclusión al compartir los argumentos de las Administraciones impulsoras del Plan, en el sentido de que éste no trata sólo de facilitar la conexión de Valencia con el mar, sino también de mejorar el barrio (actualmente muy degradado), facilitando su integración en la

ciudad y respetando su identidad de conjunto, al contemplar una penetración blanda en el mismo.

Dicha Sentencia sería luego confirmada en casación por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª) del Tribunal Supremo 12 de marzo de 2008, que entre otras cuestiones rechazó la alegación de expolio (o expoliación, art. 4 de la LPHE) ya planteada entonces, aduciendo entre otras cosas (aunque no sólo) que no había constancia «de que haya habido un procedimiento administrativo referido a esa cuestión ni un pronunciamiento de la Administración competente acerca de la expoliación que se alega» (F. 10).

Lo cierto es que antes incluso de la aprobación definitiva del PEPRI y de la interposición del recurso contencioso-administrativo, la Plataforma *Salvem el Cabanyal* había intentado ya la declaración por parte del Ministerio de Cultura de la existencia de expolio, a través del procedimiento regulado en el art. 57 bis del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la LPHE (introducido por el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero). Inicialmente, el Ministerio (gobernaba entonces el PP) rechazó la denuncia con una breve Resolución (de la Dirección General de Bellas Artes de 29 de enero de 2001) en la que se afirmaba que la Generalitat Valenciana había acordado «en base a su autonomía y competencia exclusiva» informar favorablemente el proyecto, que no vulnera lo prescrito en la Ley del Patrimonio Cultural valenciano, «sin que exista tutela superior del Estado».

Esta Resolución sería luego anulada por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de septiembre de 2004, por falta de motivación, ordenando la retroacción del expediente para que se dictara otra nueva que contuviera una motivación suficiente «conforme a los parámetros legales y reglamentarios aplicables al caso, y (...) a los amplios y exhaustivos informes (...) aportados en el expediente del expolio hipotéticamente ocasionado por el PEPRI».

Más tarde, la misma Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por Sentencia de 25 de mayo de 2009, confirmaría esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el vicio de falta de motivación de la Resolución dictada en el procedimiento de expolio, rechazando que en su Sentencia anterior dictada en el recurso directo contra el PEPRI se hubiera pronunciado ya sobre la existencia o no de expolio, al no enjuiciar entonces lo resuelto en un expediente de esta clase, cuya existencia desconocía, y tener el resto de las consideraciones efectuadas en ese momento «un inevitable carácter prejudicial» (F. 4).

A raíz de esta Sentencia, el Ministerio de Cultura reabrió el expediente, y en esta ocasión (gobierna ahora el PSOE) la conclusión fue diferente. Por Orden CUL/3631/2009, de 29 de diciembre, por la que se resuelve el procedimiento por expoliación del conjunto histórico del Cabanyal (BOE de 8 de enero de 2010), el Ministerio declaró que el PEPRI del *Cabaynal-Canyamenal* «determina la expoliación del conjunto histórico del *Cabanyal*», a partir de una valoración de las cosas muy distinta de la efectuada en su día, no sólo por el Ministerio, sino también por el Tribunal Superior de Justicia de la Comu-

nidad Valenciana. En efecto, en esta extensa Orden se aduce entre otros motivos que las determinaciones del PEPRI «no contribuyen a la mejor conservación general del conjunto (...), sino que únicamente están al servicio de la consecución de una determinada solución de política urbanística». En consecuencia, se obliga al Ayuntamiento de Valencia a proceder a «la suspensión inmediata de la ejecución de dicho Plan Especial, en tanto se lleve a cabo una adaptación del mismo que garantice la protección de los valores histórico-artísticos que motivaron la calificación de éste como conjunto histórico» y a la Generalitat Valenciana a velar por el cumplimiento de dicha obligación y a suspender por su parte también y en las mismas condiciones «inmediatamente todas las actuaciones administrativas relacionadas con el PEPRI».

La citada Orden ha sido recurrida en vía contencioso-administrativa, al menos, por el Ayuntamiento de Valencia. Pero, sin perjuicio de ello y en respuesta a la declaración de expolio, la Generalitat Valenciana aprobó un Decreto-ley (1/2010, de 7 de enero), luego transformado en Ley (la Ley 2/2010, de 31 de marzo, de medidas de protección y revitalización del conjunto histórico de la ciudad de Valencia), por el/la que se declaraba expresamente «la plena compatibilidad entre la total ejecución del [PEPRI del *Cabanyal-Canyamelar*] (...) y las razones que dieron lugar a la inclusión del núcleo original del ensanche del *Cabanyal* dentro de las áreas afectadas por la declaración de bien de interés cultural del conjunto histórico de Valencia» (art. 1); se derogaba o modificaba el Decreto 57/1993 «en cualquier aspecto que pudiera oponerse a lo establecido en la presente ley» (Disposición derogatoria única, apartado 2); y se retrotraían sus efectos «en lo que pudiera ser necesario para su plena eficacia» a las fechas de entrada en vigor del Decreto 57/1993 y de aprobación definitiva del PEPRI (Disposición final segunda).

Frente a los mencionados preceptos de esta Ley (y antes frente a los equivalentes del Decreto-ley, aunque este recurso ya haya perdido su objeto) es frente a los cuales el Presidente del Gobierno interpuso el recurso de inconstitucionalidad, con invocación expresa del art. 161.2 CE y consiguiente suspensión automática de aquélla, en el marco del cual el Tribunal Constitucional hubo de pronunciarse, como cuestión incidental, sobre el mantenimiento o no de la suspensión de su vigencia, lo que hizo por medio del ATC 104/2010, de 28 de julio, que ahora comentamos; declarando más tarde no haber lugar a una petición de aclaración de la Generalitat Valenciana, por ATC 106/2010, de 6 de septiembre.

C) LOS ARGUMENTOS PARA EL MANTENIMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE LA LEY VALENCIANA

Como ya hemos anticipado, el ATC 104/2010 decidió mantener la suspensión de la vigencia de la Ley valenciana durante la tramitación del recurso, utilizando para ello dos argumentos, de los cuales el segundo es, a mi juicio, perfectamente plausible, pero el primero, en cambio, muy discutible, además de innecesario.

En efecto, el segundo argumento (F. 5) es el mismo que ya utilizó el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en la vía judicial ordinaria, para suspender la ejecución

del PEPRI durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo. Estando en tela de juicio (también aquí en definitiva) un Plan cuya ejecución podría suponer el expolio de un conjunto histórico declarado como bien de interés cultural, es claro que ha de quedar cautelarmente en suspenso la Ley que la legitima, por el carácter irreparable o difícilmente reparable de los perjuicios que podrían seguirse en caso contrario. Como señala el Auto, «el interés en la preservación de los valores que definen los inmuebles afectados por la ejecución del plan como integrantes del patrimonio histórico artístico ha de ser considerado *prevalente*, desde la perspectiva cautelar que ahora nos es propia», frente a los posibles perjuicios de naturaleza puramente patrimonial que se le oponen; que es justamente la misma doctrina que aplica el Tribunal en relación con el interés ambiental o ecológico.

Ahora bien, como primer argumento, el Auto considera procedente aplicar aquí la doctrina utilizada por vez primera por el ATC 336/2005, de 15 de septiembre, frente a la Ley castellano-leonesa 8/2004, de 22 de diciembre, que pretendía impedir la restitución a la Generalitat de Cataluña de documentos custodiados en el Archivo General de la Guerra Civil Española de Salamanca. Según el ATC 104/2010 (F. 4), la Ley valenciana también merecería quedar en suspenso por su «capacidad de bloqueo» del ejercicio de competencias claramente reconocidas al Estado por el bloque de constitucionalidad, que excede «de las situaciones normales de controversia competencial», «con el consiguiente perjuicio actual y directo al interés general».

El argumento me parece discutible porque dos de las premisas de la jurisprudencia cautelar del Tribunal Constitucional en esta clase de asuntos, sistemáticamente reiteradas (también en este caso, F. 2), son la presunción de constitucionalidad de las normas impugnadas y la completa abstracción respecto de la cuestión de fondo debatida. En mi opinión, parece claro que al efectuar un reproche de esas características sobre la Ley autonómica (su «capacidad de bloqueo», etc.) se están incumpliendo ambas premisas, puesto que se está poniendo en duda la constitucionalidad de la Ley y se está anticipando de algún modo la decisión principal. El trato dispensado, así, en el incidente cautelar a la Ley autonómica es (justamente al revés de lo que indica la primera premisa) peor que el ofrecido a la Orden ministerial, cuya constitucionalidad también fue puesta en duda por la Generalitat valenciana en este trámite por supuesta contradicción con anteriores resoluciones judiciales, alegato que el Auto rechaza tener en cuenta por tratarse de «una cuestión directamente vinculada con el fondo del asunto (...) y ajena a la debatida en el presente incidente» (F. 2).

El argumento era, además, innecesario porque bastaba el anterior. A diferencia de lo que ocurría en el caso del Archivo de Salamanca, en el que a efectos cautelares no podía apreciarse una clara primacía de intereses (no podía decirse con claridad qué perjuicios podían ser de más difícil reparación, si los derivados de la restitución o de la no restitución de los documentos), en el caso presente, estando en juego el interés *prevalente* de la protección del patrimonio histórico, el sentido de las medidas cautelares no ofrecía duda alguna.

D) UNA BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL FONDO CONSTITUCIONAL DEL ASUNTO

Cuando se dicte Sentencia, no es previsible que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre si se ha cometido o no expolio en el caso concreto del *Cabanyal*. Esta es en puridad una cuestión de legalidad ordinaria, que habrán de resolver los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo (en última instancia el Tribunal Supremo) cuando decidan sobre el o los recursos interpuestos frente a la Orden del Ministerio de Cultura de 29 de diciembre de 2009.

Lo que sí constituirá esta Sentencia es una magnífica oportunidad para que el Tribunal Constitucional clarifique el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de patrimonio histórico, que, pese a la STC 17/1991, de 31 de enero, sobre la Ley del Patrimonio Histórico Español, sigue siendo, a mi juicio, demasiado complejo y en algunos aspectos, como por ejemplo en materia de expoliación, posiblemente disfuncional.

No tiene, en efecto, mucha lógica que después de que los Tribunales hayan declarado, por Sentencia firme, que un determinado Plan de protección de un conjunto histórico es respetuoso con la legislación (autonómica) de patrimonio histórico o cultural (se esté o no de acuerdo con dicha Sentencia), pueda declararse por Orden ministerial que ese Plan es constitutivo de expolio, lo que equivale a suponer que aquélla puede amparar este tipo de actos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 10 de diciembre de 2006 y la propia STS de 12 de marzo de 2008, dictada en el caso presente, F. 10) ya viene advirtiendo de la «prudencia» con que ha de proceder la Administración del Estado cuando la denuncia de expoliación se dirige contra obras o planes promovidos y aprobados por las Administraciones local y autonómica con competencias para ello.

Pero tal vez habría que dar un paso más allá, y excluir la posibilidad de intervención del Ministerio de Cultura en este tipo de casos cuando el asunto esté *sub iudice* o sobre él se hayan pronunciado ya los Tribunales. Como contrapartida, el Tribunal Supremo debería entrar sin reserva alguna (y no a simple título «prejudicial») sobre la posible existencia de expolio (a fin de cuentas, legislación estatal) al conocer en casación de los recursos frente a este tipo de planes o proyectos, sin condicionar su pronunciamiento a que hubiera una resolución ministerial que lo declare. Y, desde luego, depurar los eventuales excesos de las leyes autonómicas, planteando en su caso la pertinente cuestión de inconstitucionalidad.

De otra forma, podrán seguir dándose situaciones tan disfuncionales como la presente, sujetas además, como también aquí, a los avatares políticos. Esto no es óbice para que el Tribunal Constitucional censure igualmente, como cuestión de fondo (no cautelar), reacciones legislativas como la valenciana, fuera de los cauces jurisdiccionales que apadrinamos.

5. JURISPRUDENCIA CAUTELAR (Y II): EL CASO DEL *PARANY*

A) ANTECEDENTES DEL CASO

El *parany* (trampa, en castellano) es un método tradicional de caza, muy arraigado en la Comunidad Valenciana, fundamentalmente en la provincia de Castellón, y también en algunas comarcas de la provincia de Tarragona y del este de Aragón (donde se denomina «caza en barraca»), consistente (así lo define el Preámbulo de la Ley valenciana impugnada) «en la captura de túrdidos [tordos o zorzales] durante el otoño por medio del uso de la liga [sustancia adhesiva] impregnada en varitas verticales dispuestas sobre perchas que se colocan estratégicamente en la parte superior de ciertos árboles preparados con esta finalidad, básicamente olivos y algarrobos».

Pese a que los tordos o zorzales son especies cinegéticas, el uso de la liga o pegamento convierte al *parany* (o barraca) en un método de caza, en principio, no selectivo (en la trampa pueden caer y de hecho caen especímenes de aves protegidas) y, por lo tanto, inicialmente prohibido por la normativa de protección de la fauna silvestre.

En efecto, sin necesidad de remontarnos más atrás, la Directiva 79/409/CEE, del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres prohíbe en su art. 8 «el recurso a cualquier medio, instalación o método de captura o muerte [de aves] *masiva o no selectiva* o que pudiera causar la desaparición local de una especie» y, en particular, los enumerados en la letra a) del Anexo IV, entre los que figuran las «ligas». No obstante, esta prohibición (como el resto de las incluidas en la Directiva) admite ciertas excepciones, que han sido y continúan siendo el caballo de batalla en relación con la práctica del *parany*. Por lo que aquí importa, se pueden autorizar excepciones a dicha prohibición «si no hubiere otra solución satisfactoria», entre otros, por los siguientes motivos: «para prevenir perjuicios importantes a los cultivos», «para fines de investigación» y «para permitir, en condiciones estrictamente controladas y *de un modo selectivo*, la captura, la retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas aves en pequeñas cantidades» [art. 9, letras a), b) y c)]. La aplicación de estas excepciones está sujeta a otra serie de requisitos de carácter formal y al deber de informar anualmente a la Comisión al respecto (art. 9.2 y 3).

Como es natural, la legislación básica recogió y recoge esta prohibición de la Directiva Aves y sus posibilidades de excepción. Primero, por medio de la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (arts. 28 y 34) y el Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca y se establecen normas para su protección, que es el que incluía en su Anexo III la relación de procedimientos masivos y no selectivos, mencionando entre ellos «el arbolillo, las varetas, las rametas, las barracas, parany y todo tipo de medios o métodos que impliquen el uso de la liga» [punto 2 del apartado A)]. La STC 102/1995, de 26 de junio, privó, no obstante, de carácter básico a esta relación, por entender que «lo realmente básico materialmente, por su contenido genérico y mínimo, es tan solo el precepto legal, preciso y esquemático, no el reglamentario, que por su casuismo se

sale del marco de la protección de la fauna para invadir el campo de la caza» (F. 30). Y, en la actualidad, por medio de la vigente Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que recoge igualmente la indicada prohibición y sus excepciones [arts. 62.3 a) y 58.1 y 2] y, obviando en este punto la STC 102/1995, posiblemente con buen criterio, vuelve a atribuir carácter básico al listado indicativo de procedimientos masivos o no selectivos (Anexo VII), refundiendo en uno solo los de las Directivas Aves y Hábitats, e incluyendo como es lógico las «ligas».

En la Comunidad Valenciana, antes incluso de la aprobación de la Ley 4/1989, la Orden de 15 de junio de 1988, por la que se regulaba con carácter general la actividad cinegética en la Comunidad Valenciana, procedió a regular también entre las modalidades especiales de caza la «captura de tordos en *parany*» (art. 4.4), amparándose genéricamente en «lo dispuesto en el artículo 9 de la Directiva 79/409 CEE» (sin especificar la o las excepciones concretamente aplicables), y estableciendo en consecuencia la exigencia de autorización, renovable anualmente, bajo ciertas condiciones no demasiado exigentes. Bajo este régimen y las correspondientes autorizaciones se vino practicando «legalmente» esta modalidad de caza durante una serie de años.

A raíz de la iniciación en 1998 por parte de la Comisión Europea de un procedimiento de infracción contra el Reino de España por la práctica del *parany* en la Comunidad Valenciana, la Generalitat Valenciana procedió a darle una nueva regulación más estricta, mediante el Decreto 135/2000, de 12 de septiembre, por el que se establecen las condiciones y requisitos para la concesión de las autorizaciones excepcionales para la caza de tordos con *parany*, endureciendo las condiciones para su ejercicio (en relación con el tipo de ligas y disolventes o antiligas con las que limpiar las aves no objetivo caídas en la trampa, la distancia mínima entre las varetas, los cupos máximos de capturas por *parany*, etc.) con el fin de garantizar «el adecuado uso de esta técnica tradicional con condiciones de selectividad y no masividad», como se decía en el Preámbulo del Decreto, y justificar así la aplicación de las excepciones previstas en la normativa comunitaria y estatal.

Impugnado directamente por varias asociaciones ecologistas, el referido Decreto fue anulado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 26 de septiembre de 2002. A resultas de una valoración detallada de la prueba pericial practicada a instancia de las partes o recabada de oficio por el Tribunal, y sin reconocer en este tema a la Administración valenciana ningún margen de discrecionalidad técnica (F. 5), la Sentencia llega a la «conclusión terminante», avanzada en los inicios de la fundamentación (F. 4), de que «el Gobierno de la Generalitat Valenciana ha dictado una norma sin contar con las garantías científicas mínimas que aseguren la "selectividad" del método de caza con *parany* que recoge el Decreto de 12 septiembre 2000». El Tribunal Supremo confirmaría luego en casación esta Sentencia, por Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 de junio de 2005, ponderando, a mi juicio justamente, su «encomiable, plausible y depurada técnica decisoria» (F. 4), y añadiendo por su parte, casi únicamente, una referencia al principio de precaución en casos de incertidumbre (F. 8).

Entretanto, también se pronunció sobre el asunto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en aquel procedimiento iniciado por la Comisión, que había seguido su curso. Por Sentencia de 9 de diciembre de 2004 (Comisión *vs.* Reino de España, As C-79/03) declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 79/409/CEE, «al tolerar la práctica de la caza con liga en el territorio de la Comunidad Valenciana mediante el método conocido como “parany”». Como se deduce del propio tenor del fallo, la Sentencia enjuicia más que un concreto texto normativo (el mencionado Decreto), la realidad de la práctica de esta caza autorizada (tolerada) en la Comunidad Valenciana, y tomando como referencia (como corresponde en este tipo de recursos por incumplimiento) datos del año 2001 (en que venció el plazo de cumplimiento del dictamen motivado emitido por la Comisión). Partiendo también de una valoración detallada de los informes periciales obrantes en autos, la Sentencia considera acreditado que la caza de tordos con *parany*, «tal como se organiza en el territorio de la Comunidad Valenciana», ni tiene carácter selectivo (no puede evitar la captura de aves de otras especies), ni puede justificarse por razones de prevención de perjuicios importantes para la agricultura (la mayor parte de los *paranys* se encuentran en zonas sin viñedos ni olivares) ni tampoco como captura de determinadas aves en pequeñas cantidades (las autorizaciones concedidas en 2001 –unos 3.000 *paranys*, el 80 por 100 en la provincia de Castellón– permitían cazar más de 400.000 ejemplares de tordos, muy por encima de los 80.000 que resultarían de la aplicación al caso de aquel concepto indeterminado).

Conviene añadir que desde la temporada 2003 ya no se conceden en la Comunidad Valenciana autorizaciones para la caza con *parany* (salvo algunas pocas con fines científicos), al haber accedido el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (por Auto de 8 de octubre de 2002) a la ejecución provisional de su Sentencia (como se hizo público por la Consellería de Medio Ambiente en el DOGV núm. 4519, de 11 de junio de 2003), luego como sabemos confirmada por el Supremo. La caza de tordos con *parany* es, desde entonces, «ilegal» en la Comunidad Valenciana, pero se sigue practicando año tras año (también en Tarragona), como demuestran informes tan impresionantes como el de *Grups Ecologistes del País Valencià*, «*Parany*: informe sobre la caza ilegal en Castellón año 2007 y 2008»; o, sin ir más lejos, el abundante número de resoluciones penales en la materia, tanto de la Audiencia Provincial de Castellón como de la de Tarragona.

A este respecto, conviene señalar que las dos Audiencias mantienen el criterio, a mi juicio correcto, de no aplicar a la caza con *parany* o barraca el tipo previsto en el art. 336 del Código Penal, que castiga al que «sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes *de similar eficacia destructiva* para la fauna» (la cursiva es nuestra), por elementales exigencias del principio de legalidad en materia penal (interpretación estricta), remitiendo el castigo de tales prácticas a la vía sancionadora administrativa, aunque ésta no haya actuado hasta la fecha con la diligencia debida (*vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 2 de julio de 2009, tras acuerdo del Pleno para unificar criterios ante las discrepancias entre varias Secciones; y de la Audiencia Provincial de Castellón, entre

otros muchos, el Auto de 22 de septiembre de 2010). La reciente reforma del Código Penal, por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha añadido en el art. 336 el inciso «o no selectiva» («artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna»), con la evidente intención de reaccionar frente a esta jurisprudencia, aunque no está claro que produzca el efecto pretendido.

En este estado de cosas se dicta la Ley valenciana que aquí nos ocupa (la Ley 7/2009, de 22 de octubre, de reforma de los artículos 7 y 10 de la Ley 13/2004, de 27 de diciembre, de Caza de la Comunitat Valenciana), fruto de una Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular y tramitada por el procedimiento de lectura única (el debate, aunque breve muy interesante, figura en el Diario de Sesiones de las Corts, núm. 92, de 14 de octubre de 2009), que fue aprobada por amplia mayoría (84 votos a favor, incluidos los de dos Diputados del Bloc, por sólo 4 en contra).

La Ley añade un apartado 5 al art. 7 de la Ley de Caza (Documentación), y un tercer párrafo al art. 10 (Modalidades deportivas y tradicionales de caza), sólo este último impugnado. La Ley valenciana de Caza de 2004 ya se ocupaba, pues, de estas modalidades de caza, aunque sin mencionar entre ellas expresamente el *parany*, que es justamente el objeto de la adición de este tercer y último párrafo, cuyo tenor literal es el siguiente: «A estos efectos, tendrá la consideración de modalidad de caza tradicional valenciana la realizada por el método de *parany*. Reglamentariamente se regularán las condiciones y requisitos necesarios para la práctica de dicha modalidad, incluyendo la exigencia de superación de pruebas de aptitud y conocimiento de los medios y elementos específicos de la misma, con el fin de garantizar el cumplimiento de lo que se dispone en el párrafo anterior».

Frente a este precepto se interpuso recurso de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno, con invocación expresa del art. 161.2 CE (es decir, con suspensión automática de su vigencia), dando lugar al ATC 56/2010, de 19 de mayo, que ahora vamos a comentar.

B) EL DISCUTIBLE MANTENIMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE LA LEY VALENCIANA

El ATC 56/2010 toma la decisión que tal vez era de esperar, pero partiendo de una premisa, a mi juicio, muy discutible (como luego veremos), que consiste en aceptar acríticamente la afirmación efectuada por la Abogacía del Estado de que la Ley valenciana viene a «legalizar» o «autorizar» la práctica de la caza de tordos con *parany* (antecedente 8, F. 2 *in fine* y F. 3 *in fine*).

Sobre esta base, el Auto comienza su fundamentación corrigiendo ahora a la Abogacía del Estado, que había sostenido que este tipo de incidentes debe resolverse a favor de la norma «más protectora» del interés ecológico, que en este caso sería obviamente la legislación básica estatal (la Ley 42/2007, que, como ya vimos, prohíbe la liga como método de caza), argumentando que esto concierne al fondo del asunto, y que lo que la representación del Estado tiene que hacer es «demostrar, más allá de

la simple discrepancia entre lo dispuesto en las dos normas que han entrado en conflicto, que la autorización del método de caza conocido como *parany*, es, en sí misma, susceptible de ser determinante para la producción de daños medioambientales» (F. 3). Pero, dicho esto, el Auto considera que en este caso la representación del Estado ha levantado con éxito dicha carga, al haber aportado «datos», «estudios» e «informes técnicos» que demuestran la falta de selectividad de este método de caza, con lo que se habrían «aportado elementos de juicio suficientes para que apreciemos que concurren aquí las notas de *certeza e inmediatez* de los daños [a la biodiversidad] (...) que aconsejan, como menos lesivo para el conjunto de los intereses que deben ser valorados, el mantenimiento de la suspensión del precepto impugnado» (F. 4). Para concluir, el Auto destaca que los posibles daños a intereses particulares (de cazadores y agricultores) derivados de esta decisión, «además de no haber sido alegados por las representaciones autonómicas, son susceptibles de reparación, a diferencia de lo que ocurre con los daños vinculados a la protección de las especies biológicas, normalmente irreversibles» (F. 4).

A mi juicio, este razonamiento merece varios comentarios críticos. En primer lugar, el Auto insiste en algo que ya hemos cuestionado en ediciones anteriores del Observatorio: aplicar a supuestos normales, en los que el interés ambiental se enfrenta a otros de menor rango desde el punto de vista cautelar, como sería el caso presente (en el que ni siquiera, como se dice, fueron alegados por las representaciones autonómicas) unas exigencias (la *certeza e inmediatez* del daño ambiental) que fueron utilizadas por el Tribunal en un caso excepcional, en el que aquél se enfrentaba a intereses de rango cuando menos igual o superior (ATC 355/2007, de 24 de julio, desaladora de Torrevieja).

Y, en segundo lugar, está el problema que dejamos antes apuntado. Ciertamente, la Generalitat valenciana no se defiende muy bien en esta clase de incidentes. Si yo hubiera sido el Abogado de la Generalitat, lo primero que habría cuestionado es la afirmación de que en virtud de esta Ley queda ya «legalizada» o «autorizada» de nuevo la práctica del *parany*. Una cosa es la intención política de la Ley (que puede que fuera ésa), y otra su eficacia jurídica. El nuevo párrafo añadido al art. 10 de la Ley valenciana de caza no regula *per se* el *parany*, sino que remite a su regulación reglamentaria. Nada nuevo aporta en realidad esta reforma, salvo la exigencia de que ese futuro desarrollo reglamentario incluya también «la superación de pruebas de aptitud y conocimiento» para obtener las pertinentes autorizaciones. Salvando esto, la reforma es un puro brindis al sol. Con o sin ella, era posible y a la vez necesario (habida cuenta de la anulación del Decreto de 2000) el desarrollo reglamentario de la Ley de Caza de 2004 para volver a «legalizar» la práctica del *parany*, mediante el otorgamiento de las oportunas autorizaciones, como certeramente señalaron en el debate parlamentario algunos grupos de la oposición, no obstante su voto a favor.

Dicho de otro modo, el 25 de octubre de 2009 (fecha de entrada en vigor de la Ley) no volvieron a ser legales los *paranys*, por la sencilla razón de que faltaba todavía el desarrollo reglamentario preciso para otorgar las «autorizaciones excepcionales» impres-

cindibles para el ejercicio de esta modalidad de caza en principio prohibida debido al uso de liga. Y si esto es así, ni la Ley representaba *per se* un peligro para la diversidad biológica en la Comunidad Valenciana, ni mucho menos, como se dice en el Auto, un riesgo «cierto e inmediato». Y por ello tal vez lo procedente hubiera sido levantar la suspensión de la Ley valenciana. Es ese futuro reglamento el que, una vez impugnado, podría ser merecedor de suspensión, como lo fue en su día el Decreto de 2000.

Que la nueva Ley no legalizaba por sí sola la práctica del *parany* lo tenía también claro (a efectos penales) la Audiencia Provincial de Castellón (Auto antes citado de 22 de septiembre de 2010): «el hecho de contemplar su normativa la regulación de esta modalidad de caza no supone "la autorización legal" para su desempeño, en cuanto que sólo con el cumplimiento de los requisitos exigidos para desarrollar esta modalidad de caza, que la Ley reenvía a un futuro desarrollo reglamentario, y con la publicación de la correspondiente orden sobre períodos hábiles de caza y levantamiento de veda, puede entenderse integrado el requisito legal de la "autorización legal" para cazar mediante esta modalidad de caza».

C) BREVE APUNTE SOBRE EL FONDO CONSTITUCIONAL DEL ASUNTO

Como se deduce del propio ATC 56/2010, el recurso de inconstitucionalidad se ha interpuesto por motivos competenciales, por supuesta vulneración de la legislación básica estatal en la materia, que, a su vez, trae causa, como sabemos, de la normativa comunitaria europea.

Si tenemos en cuenta lo que dicho anteriormente, también el fondo del asunto merezca quizás un juicio distinto al que podría parecer a primera vista.

Es posible (desde luego eso es lo que piensan las asociaciones ecologistas) que el *parany* sea un método intrínsecamente no selectivo, imposible de salvar desde el punto de vista del Derecho comunitario y, por ende, de la legislación básica. Pero las Sentencias que, como vimos, han juzgado esta práctica no han llegado hasta ahora tan lejos. Lo que hasta la fecha se ha condenado es «el método de caza con *parany* que recoge el Decreto de 12 septiembre 2000» (STSJ de Valencia) o la caza de tordos con *parany* «tal como se organiza en el territorio de la Comunidad Valenciana» (STJCE). Es decir, ninguna de estas Sentencias excluye teóricamente la posibilidad (obviamente no era necesario) de una regulación y una práctica conformes. Y, a este respecto, el Preámbulo de la Ley 7/2009 dice que «en la Comunitat Valenciana se están realizando estudios científicos» para demostrar que el *parany* se puede practicar de forma selectiva y no masiva; aunque los ecologistas descreen por completo de los mismos.

Lo que tendrá que enjuiciar el Tribunal Constitucional es obviamente lo que dice la Ley, no otra cosa. Por lo que acabamos de decir, el mero hecho de que la Ley mencione expresamente el *parany* entre los métodos tradicionales de caza, no la convierte en inconstitucional. Y como la Ley no regula *per se* este método, tampoco se le pueden pedir más explicaciones. Será, en su caso, el futuro reglamento el que podrá ser consi-

derado ilegal, si como del anterior dijo en su momento el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sigue «sin contar con las garantías científicas mínimas que aseguren la "selectividad"» de este método de caza.

6. SUBVENCIONES

Para terminar la crónica del año 2010 vamos a hacer una breve referencia a la STC 65/2010, de 18 de octubre, que resuelve un conflicto de competencia en materia de subvenciones ambientales, sin ninguna singularidad relevante.

El Gobierno de Aragón planteó un conflicto positivo de competencia en relación con el Real Decreto 1229/2005, de 13 de octubre, por el que se regulan las subvenciones públicas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en las áreas de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales. Se trataba de unas subvenciones que el propio Real Decreto territorializaba, reconociendo, pues, la competencia autonómica para su gestión (convocatoria, tramitación, resolución y pago de las mismas). El Gobierno de Aragón discutía, no obstante, la regulación de las mismas tanto por razones formales como materiales. Poniendo como base su conocida doctrina en la materia (STC 13/1992, de 6 de febrero, entre otras), el Tribunal desestima el conflicto rechazando los distintos motivos de impugnación. Así, por ejemplo, en relación con la ausencia de un plan de desarrollo de las zonas que fundamentara el otorgamiento de las subvenciones (motivo formal), la Sentencia señala (F. 6) que «ni la legislación básica estatal ni nuestros anteriores pronunciamientos exigen que la actividad subvencionadora del Estado ejecute un instrumento planificador previo». Y en cuanto a la denuncia de excesivo detallismo en la regulación (motivo de fondo), la Sentencia concluye (F. 7) que el Real Decreto «no cierra las puertas a su posible desarrollo por las Comunidades Autónomas», por ejemplo, a través de la mayor concreción de alguno de los requisitos para la obtención de las ayudas.

