

Sobre la línea divisoria entre la ocupación y la accesión

OBSERVACIONES AL LIBRO «LA PROTECCION DE LA FAUNA
EN EL DERECHO ESPAÑOL», DE FERNANDO LOPEZ RAMON

SUMARIO: a) *Resumen del contenido del libro.*—b) *Comentario y valoración.*—
c) *¿Son en algún caso en nuestro Derecho la caza y la pesca fructus fundi
o adquisiciones por accesión?*—d) *La cuestión en cuanto a los manantiales sub-
terráneos descubiertos.*

a) RESUMEN DEL CONTENIDO DEL LIBRO

La tensión entre los derechos del dueño del terreno, del primer ocupante, de los reyes o entes públicos y de la feudalidad es característica común de la historia de todos los bienes faltos de dueño. Se detecta así esa tensión entre tales interesados, en la historia de la caza y la pesca, de las legislaciones especiales de enjambres de abejas huidos, de las cosas muebles encontradas y nunca antes poseídas, de las cosas derelictas, de los tesoros, de las cosas encontradas perdidas y no reclamadas por nadie, de las aguas subterráneas y yacimientos mineros descubiertos y de los inmuebles faltos de dueño (adquiribles éstos en algún caso también por accesión, y por ocupación en otros períodos históricos).

Constatando la aplicabilidad de dicho esquema histórico al caso concreto de la caza y la pesca, LÓPEZ RAMÓN se ha servido de él para estructurar un libro que busca apoyarse en los datos esenciales de la historia de dichos institutos para detectar y potenciar al máximo las posibilida-

des proteccionistas de nuestra fauna contenidas en las leyes de caza y pesca, especialmente a la luz del principio establecido por el artículo 45-2 de la Constitución de 1978 (1).

Abre el libro que comentamos una «Introducción», que constituye el primero de los cuatro capítulos que lo componen, y donde se explica el plan general de la obra. Comienza observando el autor cómo un planteamiento proteccionista de la fauna resulta novedoso a los juristas —incluso administrativistas— porque están habituados a estudiar en las leyes más bien la regulación del exterminio de los animales. Sostiene, sin embargo, LÓPEZ RAMÓN que para el estudio de la protección de la fauna no debe prescindirse de analizar lo que nuestra tradición jurídica ofrece, porque lo contrario supondría construir dicho estudio en el vacío. Se propone el autor como meta, así, el identificar, tras la exposición del significado jurídico de la protección constitucional de la fauna, las corrientes que caracterizan el material normativo relativo a la fauna salvaje.

En cuanto a la valoración del artículo 45-2 de la Constitución, que ordena a los poderes públicos velar por la «utilización racional de todos los recursos naturales», realiza el autor algunas afirmaciones, como la de que, a la vista de los antecedentes inmediatos del precepto, es indudable que alcanza a la fauna; que será necesario en el futuro que el nivel de utilización racional de la fauna sea fijado por los poderes públicos, y que, pese a la prevista transferencia a las Comunidades Autónomas de la competencia legislativa sobre caza y pesca (art. 148-1-11.º de la Constitución), será necesario impedir que los principios de la acción pública sobre el medio ambiente difieran radicalmente de una región a otra. Por lo demás, el autor opina, invocando la autoridad de GARCÍA DE ENTERRÍA y frente a la doctrina tradicional, que las regulaciones de la caza y la pesca tienen carácter predominantemente público,

(1) Se trata del libro *La protección de la fauna en el Derecho español*, editado por el Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, núm. 48, 1980, un volumen de 140 págs. El libro de FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, de quien tengo el gusto de ser amigo y compañero en la Facultad de Derecho de Zaragoza, apareció sólo algunos días antes que mi tesis doctoral, publicada por la Editorial Bosch de Barcelona, con el título *Ocupación, hallazgo y tesoro*, y en un volumen de 693 págs. *Vid.* en este último libro, para el concepto de bien «falto de dueño», que intento introducir en la doctrina, las págs. 28 a 30 y 32 a 34, y para algunas noticias históricas sobre diversas clases de bienes faltos de dueño, las págs. 140 a 142, 151 a 153, 158-9, 179 a 181, 534-5, 643-4 y 650, entre otras. Se comprenderá fácilmente, a la vista de estas noticias históricas, que es casi inevitable, al empezar a hablar de la ocupación en el Derecho vigente, señalar que para que ésta exista deben quedar excluidos los derechos del Estado o la adquisición por accesión. *Vid.* al respecto, también en mi libro, las págs. 495-6.

El libro de LÓPEZ RAMÓN cuenta ya con dos recensiones: de JOAQUÍN TORNOS MAS, en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 26, julio-septiembre de 1980, págs. 519 a 522; y de L. TOLIVAR ALAS, en *Revista de Administración Pública*, núm. 93, págs. 411 a 414.

habiendo otorgado a dicho carácter «carta de naturaleza» el mencionado precepto constitucional.

Señala LÓPEZ RAMÓN, en fin, siguiendo una idea de GARCÍA DE ENTERRÍA, los tres elementos históricos sobre que va a estructurar el libro: la teoría romana de las *res nullius*, que conduce a la afirmación del principio de libertad de caza y pesca; la vinculación de la caza y la pesca a la propiedad de los terrenos, y las concepciones regalianas de la caza y la pesca. Estos tres elementos históricos vienen, según el autor, matizados, modulados e interpretados por un cuarto criterio, característico de nuestro siglo y que sería el criterio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico: el criterio proteccionista de la fauna.

En el segundo capítulo del libro analiza el autor la concepción de los animales como *res nullius* y el principio de libertad de caza y pesca. Analiza la persistencia de la tradición romanista y las vicisitudes históricas de dicho principio de libertad, con atención especial a las diversas leyes de caza y pesca del siglo pasado. En estas leyes, aunque son conocidos los tenaces enfrentamientos en la época entre los partidarios de la vinculación de la caza y pesca a la propiedad de la tierra y los partidarios del principio de libertad, acabó prevaleciendo siempre, aunque con importantes limitaciones, este último criterio de la libertad de caza y pesca.

El autor propone, a continuación, la que denomina «relegación del concepto de *res nullius* al ámbito privado». Da cuenta de algunos intentos doctrinales y legislativos (Ley italiana de 27 de diciembre de 1977) de superar la teoría de la *res nullius* e incluir la fauna salvaje entre los bienes de dominio estatal, pero no se muestra partidario de esta solución para nuestro Derecho, alegando, principalmente, que el problema de la pertenencia de los bienes cada vez pierde más importancia frente al tema de la disciplina del uso de los mismos. Lo importante, para el autor, es que se entienda que de la calificación como *res nullius* de la fauna salvaje no puede derivarse ningún condicionamiento de principio al ejercicio de las potestades que los poderes públicos tienen atribuidas en la materia.

Seguidamente se propone LÓPEZ RAMÓN la cuestión de si existe o no un derecho subjetivo de los ciudadanos a cazar y a pescar. El autor niega primeramente que se dé un *ius hominis* preexistente al Ordenamiento positivo, cualquier derecho natural, innato o esencial de la persona, y después, analizando el artículo 45 de la Constitución y las leyes vigentes de caza y pesca fluvial, concluye que tampoco puede considerarse reconocido en ellas un derecho público subjetivo a cazar y a pescar. En conexión con esto, el autor defiende, frente a la doctrina mayoritaria, el carácter constitutivo de las licencias de caza y pesca, que no serían,

por tanto, simples actos de autorización reglados, caracterizados por no deberse negar al solicitante en presencia de los elementos que la propia ley señala en cada caso. Para sostener, en cuanto a la caza, esta teoría del carácter constitutivo de la licencia, LÓPEZ RAMÓN advierte, entre otras razones, que la misma surgió históricamente ligada a una concepción nobiliaria de la caza, de estirpe regaliana.

En el capítulo segundo de su libro pasa a estudiar el autor la vinculación de la caza y la pesca al derecho de propiedad.

Comienza LÓPEZ RAMÓN señalando que el *ius prohibendi* del dueño del terreno en Roma siempre se dirigió contra un concreto cazador o pescador, no frente a todos los posibles cazadores o pescadores, por lo que cabe afirmar que en el Derecho romano prevaleció siempre el principio de libertad de caza y pesca cuando entró en colisión con la propiedad privada. Según el autor, la vinculación de la caza y la pesca al derecho de propiedad se produjo históricamente a raíz de la Revolución burguesa de 1789 y tras la abolición de los privilegios de caza detentados por la nobleza. Se analizan en el libro las vicisitudes y avance de esta «visión propietarista» de la caza a lo largo de las diversas leyes y normas del siglo XIX (y en la Ley de Caza de 1902), en el doble sentido de la exclusión para los terceros del ejercicio de la caza y la pesca en terrenos particulares «acotados», e incluso en el de —hasta la Ley de Caza de 10 de enero de 1879— no sometimiento del dueño cazador *in suo* a ningún tipo de limitación legal ni control.

Según LÓPEZ RAMÓN, esta «visión propietarista» de la caza, su consideración como *fructus fundi*, ha resultado reforzada y consolidada en la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, especialmente en relación con los terrenos sometidos a régimen especial, que suponen, al parecer, en conjunto, mayor extensión que los terrenos de aprovechamiento cinegético común. En el caso de las reservas nacionales de caza, por ejemplo, a base de interponer la ley a la Administración entre los propietarios y los cazadores, aportando los medios necesarios para garantizar el rendimiento de la explotación, se consigue proporcionar a los primeros, con fondos públicos, rentas dinerarias importantes. Según el autor, donde con caracteres más agudos se manifiesta la dimensión «propietarista» de la ley vigente es en la regulación de los terrenos sometidos a régimen de caza controlada y en la de los cotos de caza, concebida esta última en la ley no ya sólo para proteger a la propiedad privada en general, sino para proteger las propiedades de gran extensión. Se estudia también en este punto la posibilidad que el artículo 16-4.º de la ley reconoce al propietario o titular de un coto privado de solicitar al Ministerio de Agricultura «la agregación de fincas enclavadas, cuya superficie conjunta no exceda del 10 por 100 de la inicialmente acotada». El autor

critica esta posibilidad, que supone una imposición forzosa de una situación arrendaticia y es, a su entender, un supuesto anómalo e insuficientemente regulado de expropiación forzosa. Termina LÓPEZ RAMÓN esta parte de la explicación de la Ley de Caza, afirmando —como lo había hecho en el capítulo segundo respecto de la calificación como *res nullius* de la fauna salvaje— que de la consideración de la caza por la ley como *fructus fundi* no puede derivarse ninguna limitación o condicionamiento de principio a las potestades interventoras de la Administración en los terrenos sometidos a un régimen cinegético especial. Invoca el autor, a estos efectos, el criterio constitucional de la necesaria «utilización racional» de los recursos naturales (art. 45-2 de la Constitución). Este mismo le parece el criterio aplicable y único límite admisible a las potestades interventoras de la Administración en cuanto a la pesca en aguas de dominio privado, a pesar de que la ley (art. 38-1.º de la Ley de Pesca Fluvial) considera ésta como «patrimonio» del dueño de las aguas, y parece limitar la posible intervención de la Administración a un mero control de policía. Aduce y explica LÓPEZ RAMÓN en apoyo de esta última tesis algunas decisiones jurisprudenciales, como la interesante Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 11 de junio de 1942.

Un último dato, que recuerda el autor como especialmente significativo de hasta qué punto ha preocupado a nuestro legislador proteger los intereses de los dueños de los terrenos, es el de la cobertura penal de la caza y la pesca como *fructus fundi*. Aparte de otros delitos y faltas de parecido sentido contenidos en las legislaciones específicas de caza o de pesca, el artículo 507 del Código penal —precepto que parece va a desaparecer del nuevo Código penal— castiga, nada menos que como robo, el entrar a cazar o pescar en heredad cerrada o campo vedado.

En el cuarto y último capítulo del libro estudia LÓPEZ RAMÓN la pervivencia de elementos de corte regaliano en nuestras leyes de caza y pesca. El autor inicia el capítulo con una serie de referencias históricas a la época medieval y las posteriores. En la Edad Media, la caza y la pesca, con distintas modalidades y nombres según los países (*inforestatio*, *droit de garenne*...), tienen la consideración de regalías de la Corona; regalías sobre cuyo fundamento la doctrina moderna ha formulado diversas hipótesis, recogidas en el libro. En la misma Edad Media se dio un proceso generalizado de transformación de las regalías menores de la Corona en derechos señoriales, eclesiásticos y municipales. Estos derechos nacían generalmente como una concesión del rey a los señores, pero fueron desvinculándose de la persona y haciéndose hereditarios. La antigua regalía de caza y pesca subsiste, pero limitada únicamente a lugares determinados o a especies de animales concretas. A finales de la Baja Edad Media, en fin, se dieron una serie de intentos conducentes a convertir la

caza en un privilegio nobiliario, intentos que, de todos modos, parece no prevalecieron. La distribución de los derechos de origen regaliano sobre la caza y pesca entre el propio rey, los señores, laicos y eclesiásticos, y los municipios, junto con la vigencia en ciertos ámbitos del principio de libertad de caza y pesca, completaban el cuadro normativo en España cuando el Decreto de las Cortes de Cádiz de 6 de agosto de 1811 abolió, en su artículo 7, entre otros, los privilegios de caza y pesca.

A continuación de esta explicación histórica, LÓPEZ RAMÓN afirma que ciertas normas y técnicas contenidas en nuestras leyes de caza y pesca —y cuyo estudio se inicia en este lugar— suponen una supervivencia del dominio eminente del Estado, de origen regaliano, y adelanta el autor la tesis general de la operatividad de estas técnicas en nuestro Ordenamiento, en tanto en cuanto se enmarquen en una política de protección de la fauna.

La concepción regaliana de la caza se manifestó primero, modernamente, en el ámbito municipal, y concretamente, según el autor, en el artículo 15 del Reglamento de 3 de julio de 1903, según el cual podía sacarse a subasta la caza existente en cualquier término municipal y otorgarse su concesión, tras lo que el arrendatario obtenía la declaración de vedado de caza para dicho término municipal. La posibilidad reconocida a los Ayuntamientos fue, sucesivamente, suprimida por la republicana Ley de Ayuntamientos de 31 de octubre de 1935; restablecida por la Ley de Régimen Local de 1955, y, finalmente, suprimida por la vigente Ley de Caza de 1970. Pero advierte el autor que no se ha eliminado realmente la posibilidad de realizar contratos sobre la caza de los bienes municipales, porque no parece que haya ningún inconveniente para que un coto local esté formado por terrenos de propiedad municipal. Para el autor, en fin, esta pervivencia regaliana, aunque sea un medio de obtener ingresos el municipio, no debe considerarse actualmente subsistente en tanto que contraria al interés público de protección de la fauna, constitucionalmente reconocido.

En cuanto a la pervivencia de elementos regalianos en institutos vinculados al Estado, se refiere LÓPEZ RAMÓN a los refugios de caza y a las reservas nacionales de caza. En cuanto a los primeros, no se ha creado ningún «refugio nacional de caza», lo que es de lamentar por tratarse quizá, según el autor, de la única institución auténticamente protectora de la fauna que ha previsto la Ley de Caza. También ha tenido muy escaso éxito la institución de los refugios de caza, no calificados como de «nacionales». De las «reservas nacionales de caza», que sí se han constituido en gran número, opina el autor que responden, en general, a un criterio de protección de la fauna y de su «utilización racional», aunque advirtiendo que el fin de protección parece estar en ellas

en función de la actividad cinegética y que, en todo caso, no debe tomarse en este sentido a las reservas nacionales como un ideal, como institución excepcional, cuando se trata simplemente de un mínimo y la exigencia de la «utilización racional» de la fauna se extiende a todo el territorio.

La técnica moderna de protección de la fauna consistente en prohibir la caza de determinadas especies, permanentemente, en todo el territorio nacional, la relaciona el autor con la antigua técnica de las *feraminae nostrae*, de los animales cuya caza se reservaba el emperador o el rey. En relación con esta protección de especies animales, estudia LÓPEZ RAMÓN el artículo 23-2.º de la Ley de Caza, la utilización al respecto de la Orden General de Vedas, la nueva vía iniciada por el Decreto de protección de especies de 5 de octubre de 1973 (sin el carácter temporal de la Orden General de Vedas) y, finalmente, las posibilidades que ofrecieron los primeros artículos de la vigente Ley de Caza, desaprovechadas por el desarrollo reglamentario posterior, de imponer la protección de toda especie animal cuya caza no hubiera estado expresamente permitida.

En relación con la pervivencia de elementos de corte regaliano en la pesca fluvial, estudia el autor los cotos de pesca en aguas de dominio público, que pueden constituirse por concesión de ICONA a la Dirección General de Empresas y Actividades Turísticas, a las sociedades deportivas de pesca y a los sindicatos de pescadores profesionales. Los otorgamientos de estos cotos pesqueros fluviales, continuación de los antiguos arrendamientos de pesca, son calificados por la jurisprudencia como concesiones administrativas sobre aguas públicas, y son, en realidad, manifestaciones de la existencia de un resto de *ius eminens* del Estado en materia de pesca. Pero según el autor, la vertiente conservacionista es muy pobre en la regulación de estos cotos, mantenidos, sobre todo, como una fuente de ingresos para la Administración.

Termina LÓPEZ RAMÓN su libro con una breve recapitulación sobre todo lo tratado en él, reconociendo que los ataques más graves a la fauna pueden provenir de actividades distintas de la caza y la pesca (métodos modernos de cultivo, de cría de animales, de la industria, contaminación de las aguas, etc....), y haciendo algunas sugerencias orientadoras para una futura legislación de protección de la fauna.

b) COMENTARIO Y VALORACIÓN

Con estas muy sucintas referencias a los problemas tratados por LÓPEZ RAMÓN en su libro y a sus opiniones, cabe hacerse una idea aproximada del contenido del mismo. En cuanto a su valor, cabe decir, ante todo, que el libro aborda un tema de importancia y con actualidad,

de interés tanto para civilistas como para administrativistas, y sobre el que resultaba hasta ahora muy escasa la información existente en la doctrina española. Los institutos de la caza y la pesca son, de entre los varios institutos jurídicos relacionables con la figura de la ocupación, los que parecen haber presentado históricamente siempre mayor importancia social y política (2), por lo que parece oportuna y muy útil la realización de un estudio como el que comento. Aunque el libro no tiene, por la intención de su autor, carácter de investigación histórica, lo cierto es que aporta a nuestra doctrina una muy amplia información histórica, que da valor al libro y que, si se maneja sin olvidar ese diverso carácter que le confiere la intención del autor, será probablemente muy provechosa para nuestra doctrina.

Me parecen, en fin, ejemplares en este libro, el progresismo sin ambigüedades manifestado en él por el autor, y su permanente preocupación —casi siempre fructífera; según mi impresión— por averiguar o detectar, más allá de las teorías y los preceptos jurídicos, la verdad social de los intereses y los conflictos.

Ahora bien, el defecto que, en mi opinión, cabe achacar al estudio de LÓPEZ RAMÓN, es el de estar excesivamente subordinado a la defensa de la idea —perfectamente justa, por lo demás, según me parece— de que es conveniente y necesario el máximo control e intervención de la Administración en tema de caza y pesca para la consecución de la adecuada protección de nuestra fauna. Para ser un libro jurídico, el estudio de LÓPEZ RAMÓN resulta, en mi opinión, excesivamente ideológico, y la obsesión ideológica llega a perjudicar un tanto el rigor y la claridad del trabajo, porque desdibuja los perfiles de las tesis combatidas en el libro o incluso los de las propias tesis sostenidas en él. Parece, por tanto, que al libro le sobra entusiasmo en la defensa de la intervención de la Administración y le falta casuística y descripción de las consecuencias prácticas que conducirían las diversas concepciones generales y teorías.

Este defecto general del estudio que comento —que es defecto, en mi opinión, también de metodología—, se refleja en algunas exageraciones o dudosas valoraciones de los elementos normativos en presencia y también (y acaso tiene ello mayor importancia en el conjunto de la obra) en cierta deformación o falta de rigor en la presentación del esquema histórico que se ofrece como punto de partida para la explicación del Derecho vigente.

En el primer sentido, por ejemplo, me parece advertir, cuando el autor defiende la *publicatio* de los sectores de caza y pesca y el carácter

(2) En cuanto a la importancia social o política actual de los demás institutos jurídicos de la ocupación, importancia que parece mucho menor que la de la caza y la pesca, véanse las alusiones hechas en mi obra antes citada, págs. 168-9 (notas 68 y 69), 405 a 407 y 664-5.

predominantemente público de sus regulaciones, cierta exageración del papel del Derecho administrativo en el sector. Dice, por ejemplo, en una ocasión (3), que «la Administración pública interviene, con mayor o menor intensidad, en la determinación de quiénes pueden cazar o pescar y de qué, dónde, cómo y cuándo se puede cazar o pescar». Y en otro lugar se llega a decir que el Código Civil distingue en sus artículos 610 y 611 «el aspecto privado y el aspecto público del derecho». Pero no es difícil advertir que la intervención de la Administración pública en la determinación del quién, qué, dónde, cuándo y cómo de la caza o pesca es de relativamente poca intensidad, siendo que todas esas circunstancias de la caza o pesca (todos esos elementos del «supuesto de hecho» de la adquisición por ocupación del singular animal) vienen bastante rígidamente predeterminadas en las regulaciones específicas (leyes formales, en su caso) de la caza o pesca a que, por cierto, se remite el artículo 611 del Código Civil. Y, por otra parte, la necesidad de licitud de la ocupación se da también, como me he empeñado en demostrar y resaltar (4), en los supuestos de hecho de adquisición de las cosas y animales encontrados que contempla el propio Código Civil (arts. 610, 612, 614 y 615).

En fin, en este tema del carácter administrativo o civil de las regulaciones de la caza y pesca, siendo indiscutible e indiscutido que ambas contienen normas de Derecho civil y otras de Derecho administrativo, acaso será enfoque más fecundo (o previo, al menos) que el de determinar, en general, cuál de dichos Derechos predomina, el de señalar qué concretos actos o cuestiones, o clases de ellos, aparecen como dudosos a efectos de la determinación de la jurisdicción correspondiente y de los principios aplicables (5).

En cuanto a las discutibles valoraciones de los elementos normativos en presencia, de que acusaba antes al libro que comento, me parece ad-

(3) Vid. *La protección de la fauna...*, págs. 14 y 39.

(4) Vid. *Ocupación, hallazgo y tesoro*, principalmente págs. 32 a 34, 444 a 446 y 472 y sigs. La trascendencia de la licitud de la ocupación es, además de que, faltando, no se produce adquisición de la propiedad de lo ocupado sin dueño, que la lícita ocupación de lo «encontrado» (incluso inmueble, parece) y que tenga dueño es justo título a efectos de su adquisición por usucapión ordinaria.

(5) Hay que reconocer, con todo, que éste no era el tema del libro que comento y que sólo viene a ser para el mismo como un telón de fondo. Como ejemplo de cuestión dudosa y difícil en este tema, véase la recogida por LORENZO MARTÍN RE-TORTILLO en «La caza, ¿problema civil o problema administrativo? El plazo para la decisión del Jefe del Estado», en *Revista de Administración Pública*, núm. 55, 1968, págs. 189 a 193.

Vid. también cómo MARTÍNEZ PEREDA ha criticado la creación por la Ley de Caza de 1970 de «infracciones administrativas» y la consiguiente «desjudicialización» (penal, en este caso) del tema. *Sanciones y responsabilidades en materia de caza*, Tecnos, Madrid, 1972, págs. 188-9.

vertir una insuficiente atención de LÓPEZ RAMÓN al valor y significado de los artículos 609, 610 y 611 del Código Civil. Estoy de acuerdo con el autor —y acaso nadie ha sostenido realmente lo contrario (6)— en que de esos artículos no puede derivarse ningún condicionamiento de principio a las potestades interventoras de la Administración en nuestro tema. Pero sentado esto, conviene advertir que el Código Civil sí supuso la admisión con un sentido amplio y liberal del principio de la ocupación, y que los artículos 609 y 610 del mismo, más que establecer la calificación como *nullius* (como faltos de dueño por inexistencia del mismo) de los animales objeto de caza y pesca, establecieron —y esto sí que es norma— que siempre que la ley no lo prohibiese podrían dichos animales ser adquiridos por cualquiera mediante la ocupación. Podemos saber, no obstante, por el estudio de los antecedentes italianos del Código Civil (7), que sus autores no quisieron modificar el principio de prohibición de la caza libre en fundos privados que estaba vigente al promulgarse el Código (8); pero la amplia acogida de la idea de ocupación que el mismo representó contenía en realidad un mandato al legislador para que restableciera la libertad de caza como principio general. Otra cosa es que el restablecimiento de dicho principio, que, en efecto, pareció hacer el artículo 9 de la Ley de Caza de 1902, resultara casi sólo retórico a la vista de la ulterior regulación sustantiva del tema por dicha ley (9).

(6) Fuera de algunas polémicas concretas, como la de si la licencia de caza o de pesca tiene carácter constitutivo o declarativo, o la de si exista o no un derecho subjetivo a cazar y pescar, no conozco que nadie haya defendido y teorizado que, a partir de la calificación como *res nullius* de la caza y la pesca, deben reconocerse determinados condicionamientos de principio a las potestades de intervención de la Administración en el tema: al menos, no encuentro esta teoría en el libro que comento, con lo que las tesis insistentemente combatidas en el mismo resultan, a la vez, en ocasiones, un tanto difusas.

(7) Los autores del Código tradujeron literalmente del Código italiano de 1865 todo el título de la ocupación, pero excepcionalmente se dejó de traducir el párrafo segundo del artículo 712 de dicho Código, en que se reconocía la libertad de caza en terrenos privados, salvo prohibición expresa de sus poseedores. Se mantuvo, por tanto, el criterio contrario del artículo 9 (aunque véase también la importante excepción del art. 15) de la Ley de Caza de 10 de enero de 1879. *Vid. Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 204 y 536.

(8) Según el ya citado artículo 9 de la Ley de Caza de 10 de enero de 1879. Según el artículo 15 de esta Ley, no obstante, en los terrenos privados no materialmente amojonados, cerrados o acotados, no se requería el permiso escrito del dueño para cazar cuando estuvieran «levantadas» las cosechas.

(9) Regulación que siguió siendo en realidad la misma de la Ley de 1879: posibilidad de cazar libremente en terrenos privados ajenos si estaban levantadas las cosechas y si no estaban los terrenos cerrados o amojonados o «vedados» (novedad esta última de la Ley de 1902). *Vid.* arts. 9 y 15 de la Ley de Caza de 16 de mayo de 1902, y arts. 7, 8 y 9 del Reglamento de 3 de julio de 1903. El principio de libertad de caza está más claramente proclamado en la actual legislación: *Vid.* art. 8 de la Ley y art. 9 del Reglamento.

Estos datos, con todo, aparecen especialmente relevantes en la polémica sobre si existe o no un derecho a la caza y sobre si tiene o no carácter de acto reglado la concesión de una licencia de caza. Parece verosímil que, aunque la licencia de caza tuviera en su origen histórico carácter constitutivo del derecho que reconocía, ese carácter pasara a ser simplemente declarativo tras la promulgación del Código Civil. De ahí el buen sentido de la doctrina mayoritaria, de la que se separa LÓPEZ RAMÓN (10), cuando se inclina por el criterio liberal... efectivamente plasmado en el propio Código Civil.

También me parecen discutibles las consecuencias que LÓPEZ RAMÓN extrae de la Constitución en relación con determinadas cuestiones controvertidas, como el que suponga el artículo 45 del texto constitucional: «unos principios que, correctamente interpretados, excluyen la existencia de un derecho subjetivo de cazar y pescar» (11). O que niegue la preeminencia del principio de libertad de caza y pesca en nuestro Derecho, exagerando la importancia de la vinculación de éstas a la propiedad de la tierra o la de la corriente «regaliana» (12).

En fin, un límite que sí que tendrá siempre la Administración en materia de caza y pesca será, precisamente, el de no poder llegar mediante disposiciones o actos administrativos (otra cosa sería si se tratara de disposiciones de Derecho administrativo, pero con rango de ley) a derogar en la práctica al Código Civil (y leyes de caza y pesca), suprimiendo total o aun sustancialmente la posibilidad de cazar o pescar.

Vamos a hacer también algunas breves consideraciones sobre la opinión antes adelantada de que, en el libro comentado, el autor ha incurrido en cierta falta de rigor en la presentación del esquema histórico que ofrece como apoyatura de sus argumentaciones sobre el Derecho vigente.

En una investigación o estudio que pretenda ser histórico dogmático (y si no lo pretende conviene que los límites del estudio que pueda parecerlo estén expresamente reconocidos y puntualizados) me parece que

(10) Vid. LÓPEZ RAMÓN: *La protección de la fauna...*, pág. 52.

(11) En este tema, lo que parece que sí será siempre cierto es que cualquier persona que reúna los requisitos previstos (cualesquiera que sean) para solicitar la licencia de caza no podrá estar en situación más desventajosa, ni más ventajosa, que otra persona que también los reúna (igualdad ante la ley, en última instancia); lo que significa que si por la necesaria «utilización racional» de los recursos cinegéticos, la Administración debe restringir el número de licencias, al menos, el sorteo objetivo y con garantías será una exigencia conceptual del sistema y siempre tendrán esas personas, en principio, el «derecho» a participar en ese sorteo. LÓPEZ RAMÓN parece soslayar este aspecto de la cuestión (véase la pág. 60 de su libro), que a mí me parece sustantivo y esencial. Para la afirmación que transcribo en el texto, véanse las págs. 44 y 58 de este mismo libro.

(12) Vid. en el libro comentado, en cuanto a la pesca, las págs. 126-7, y en cuanto al problema en general, la pág. 128.

conviene precisar en lo posible hasta qué punto las ideas o las concepciones corresponden a los juristas (a la doctrina) y hasta qué punto, implícita o explícitamente, a la obra de los legisladores o incluso a la práctica judicial o administrativa.

En este sentido, parece que el libro de LÓPEZ RAMÓN peca de cierta simplificación, porque da a entender que el principio de libertad de caza y pesca «deriva» necesariamente de la teoría romana de que la caza y la pesca son *res nullius* y que, por otra parte, las regulaciones favorables a los dueños de los terrenos, porque limitan el principio de libertad de caza y pesca, se pueden reconducir a la idea de que la caza o la pesca son frutos del fundo. Esta explicación me parece que corresponde más al resultado social de las diversas regulaciones históricas de la caza y la pesca, que a las explicaciones dogmáticas vigentes entre los juristas de las diversas épocas.

En realidad, parece que para los juristas de todas las épocas y de todos los países con un Derecho de origen romano, está fuera de duda que los animales objeto de caza y pesca son *res nullius*. Las teorías que hayan considerado la caza o la pesca propiedad del Estado, o de dominio público, o accesiones o *fructus fundi*, serán enormemente minoritarias en el conjunto de nuestra muy homogénea tradición jurídica en este tema: teorías, pues, marginales y casi anecdóticas. La tricotomía sobre la que LÓPEZ RAMÓN ha estructurado su libro —tradición romanista, vinculación de la caza a la propiedad de la tierra (*fructus fundi*) y elementos regalianos— parece que le ha llevado, por una parte, a exagerar la importancia (al menos, doctrinal) de los dos últimos elementos diversos del romano y, por otra parte, a contraponerlos en términos demasiado absolutos, estableciendo una conexión absoluta (y no explicada como tal conexión lógica) entre concepto de *res nullius* y principio de libertad de caza y pesca, y tendiendo a excluir al concepto de *res nullius* de las adquisiciones de los propietarios de la tierra, la feudalidad, los reyes o entes públicos, etc.... Sin embargo, esta exclusión está probablemente injustificada porque parece que, en realidad, la dogmática y la terminología romanistas (*res nullius*) tiñeron las explicaciones doctrinales de cualesquiera regulaciones de la caza y la pesca, y que estas regulaciones, cuando han limitado el principio de libertad, lo han hecho, con frecuencia, en el sentido de «reservar» la posibilidad de adquirir por ocupación (siempre dogmática romana, por tanto) al dueño del terreno, o incluso al señor feudal, o al rey, o al ente público correspondiente (acaso entonces para que éste pudiera obtener ingresos permitiendo cazar o pescar en el lugar). La dificultad de concebir un derecho de propiedad de alguien sobre el singular animal salvaje aún no atrapado ha propiciado

probablemente esta forma de explicar las diversas regulaciones históricas de la caza y la pesca.

En particular, conviene advertir, en relación con el tercero de los elementos de la tricotomía de LÓPEZ RAMÓN (elemento regaliano), que las regulaciones regalianas y las que otorgaban derechos a la feudalidad, más que elaborar una teoría completamente nueva en lo conceptual, parece que han adaptado en muchos casos su diverso contenido (destinatario de los bienes faltos de dueño, ya no el primer ocupante) al concepto de la *res nullius* (13). La idea de pervivencia de elementos regalianos en nuestra actual legislación de caza y pesca me parece sugestiva, pero sin que deba considerarse *a priori* incompatible conceptualmente dicha pervivencia sobre los derechos a cazar o pescar con la consideración como *res nullius* de los singulares animales objeto de caza o pesca.

Por otra parte, debe precisarse que no parece que exista en la tradición jurídica española ningún precedente de la idea de que la caza y la pesca habrían de considerarse de dominio público o pertenecer al Estado como bienes patrimoniales: la posibilidad apuntada, aunque como una curiosidad, por LÓPEZ RAMÓN (14), de que pudiera reconocerse un tal precedente en el artículo 1-1.º de la Ley de Mostrencos de 1835, no puede admitirse en absoluto (15).

(13) Se ha sostenido así que ciertos hallazgos, por ser *nullius*, pertenecían al príncipe, o que pertenecían a éste o a los señores dichos hallazgos porque se presumían derelictos o abandonados. Vid. *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 158-9, 164, 202..., etc.

(14) *La protección de la fauna...*, págs. 37-8 y 101. Siguiendo una idea que atribuye a GARCÍA DE ENTERRÍA, el autor considera también posible que las regalías de la Corona sobre la caza y la pesca en España, y en la Alta Edad Media, tuvieran su justificación en «el concepto germánico de los bienes vacantes o mostrencos, cuya titularidad se atribuye al rey, en contraposición a la ausencia de titularidad propia de las *res nullius* romanas». Vid. la pág. 94 del libro comentado.

(15) Es completamente insostenible que los «semovientes», a que aludía el artículo 1-1.º de la Ley de Mostrencos de 1835, pudieran ser los animales objeto de caza y pesca. Una mera ojeada a la legislación histórica de los mostrencos persuade de que ese precepto aludía a las reses «mostrencas» o perdidas de los ganados, o si se quiere, a los animales perdidos no reclamados, en general. Incluso literalmente ello es claro porque, refiriéndose el precepto a semovientes «sin dueño conocido», implícitamente reconoce que se trata de animales encontrados de los que suelen estar poseídos y tener dueño. Si pudiera encontrarse algún texto en que a la caza se la denominase «bien mostrenco» habría que considerarlo completamente excepcional, como lo es la dicha utilización del similar término francés de *épave*, que he señalado en la pág. 181 de mi libro.

Más todavía: según he explicado en mi tesis, la Ley de Mostrencos de 1835, y parece que todavía la vigente Ley del Patrimonio del Estado, califican impropriamente —aunque parece que sin precedentes en nuestra tradición jurídica— como «ocupación» a la adquisición directa *ex lege* por el Estado de los muebles e inmuebles (sólo éstos la vigente LPE) mostrencos o faltos de dueño.

En esta ocasión, por tanto, ni siquiera el mismo término «ocupación» quedó como separado y contrapuesto a adquisiciones por el Estado de bienes faltos de dueño. Vid. *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 212-3 y 634 a 636.

En relación con el segundo de los elementos de la tricotomía que estructura el libro comentado, cabe también advertir que parece que los intereses de los dueños de los terrenos han sido históricamente defendidos no tanto por la teoría del *fructus fundi* (o de la accesión) como por la «teoría» que propugnaba una mera limitación de la posibilidad de caza y prohibición a los extraños (prohibición, además, que les impedía adquirir lo cazado). O sea, sin llegar a cuestionar verdaderamente la teoría de las *res nullius* (16). En otro sentido, puede todavía relativizarse una contraposición doctrinal demasiado tajante y absoluta entre la idea de ocupación y la de accesión (mejor que adquisición de frutos del fundo): en el sentido de que, como afirmaba al iniciar este artículo, y aunque se encuentren a veces resistencias en la doctrina a admitir que del carácter *nullius* de una cosa no se derive necesariamente su inmediata ocupabilidad, no es rara en el Ordenamiento la adquisición por accesión de *res nullius* (bienes faltos de dueño, mejor) (17).

No se puede, en fin, salvo si se es consciente de realizar un esquema histórico muy simplificado, afirmar que de la teoría romana de las *res nullius* «deriva», sin más, el principio de libertad de caza y pesca: este principio, o su falta o limitación, en cada caso, serán uno de los aspectos concretos de cualquier posible regulación de la caza y pesca; pero habrá que conocer cada concreta regulación para saber el posible ámbito de dicho principio de libertad. Así, por ejemplo, para conocer hasta qué punto pasó a existir dicho principio con la promulgación del Código Civil, habrá que conocer, como sugería antes, el Derecho inmediato anterior, el modelo que el legislador copiaba (Código Civil italiano) e incluso el ambiente de la época en cuanto a la recepción de las nuevas ideas (18).

Por otra parte, la declaración de la Ley italiana de 27 de diciembre de 1977 (artículo 1) de que la fauna salvaje constituye parte del patrimonio indisponible del Estado, no puede sino considerarse revolucionaria desde el punto de vista dogmático y contraria a una tradición milenaria. Así la consideraba, en efecto, CENDÓN, cuando era inminente en Italia la mencionada reforma. Pero hasta entonces, según afirma y justifica este mismo autor, la consideración de que incluso los animales salvajes que viven en vedados y reservas son *res nullius*, era prácticamente unánime en la doctrina y la jurisprudencia italianas. Vid. de este autor, *Proprietà riserva e occupazione*, Jovene Editore, Università di Camerino, 1977, nota 7, págs. 22-23 y págs. 146 a 148. La mención de esta reciente ley italiana la hace LÓPEZ RAMÓN en la nota 34 de la pág. 36 de su libro. En nuestro Derecho, en fin, pertenece al Estado la población piscícola de las aguas, a que se refiere el artículo 38, 2.º párrafo, de la Ley de Pesca Fluvial de 1942.

(16) Así he señalado también que ocurrió en tema de manantiales subterráneos descubiertos: Vid. *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 643-4.

(17) Vid. explicada esta misma cuestión, en relación con la adquisición por el dueño del lugar de su parte del tesoro, en la pág. 373 de *Ocupación, hallazgo y tesoro*.

(18) Véanse, por ejemplo, para todo ello, las páginas 405 a 407 de mi tesis, *Ocupación, hallazgo y tesoro*. En cuanto a la historia de la caza, reunió mucha información DE LOS MOZOS en la primera parte de su artículo, «Precedentes históricos y aspectos civiles del derecho de caza», *RDP*, 1972, págs. 286 a 296.

c) ¿SON EN ALGÚN CASO EN NUESTRO DERECHO LA CAZA Y LA PESCA
«FRUCTUS FUNDI» O ADQUISICIONES POR ACCESIÓN?

Por lo demás, hay cierta verdad, desde el punto de vista dogmático, en la afirmación de que de la teoría romana de la adquisición de *res nullius* (o del concepto de ocupación a que responde nuestro Código, al menos) se «deriva» la necesidad de un principio de libertad de ocupación. Se trata de que como la ocupación supone la adquisición de la propiedad por el «primer ocupante», por el que «llega primero» a la cosa o animal vacante y falto de dueño, mediante un acto o hecho destinado al apoderamiento de los mismos o capaz de provocarlo, esa razón de prioridad absoluta en que viene a consistir la esencia de la mejor noción de ocupación queda un tanto desvirtuada cuando alguien (dueño del terreno, por ejemplo) tiene el monopolio de la ocupación de los animales susceptibles de caza o pesca. Aunque no se puede negar que esa previa exigencia de «título» en el adquirente se incluye en el supuesto de hecho legal de una adquisición que es para el Derecho ocupación, no debe dejar de señalarse esa especie como de «impureza» en el funcionamiento de una tal ocupación. Parece muy útil incluso interrogarse sobre si ese monopolio para la ocupación en favor del dueño del terreno no llega acaso a transformar realmente la adquisición en una accesión sobre la caza sometida a la *conditio iuris* de su aprehensión («llegar primero»: estricta ocupación).

Vale la pena detenerse en esta cuestión, que sólo he dejado levemente apuntada al explicar en mi tesis el concepto de ocupación (19).

Obsérvese que, en definitiva, la cuestión que nos proponemos es la de determinar si es o no cierto que, como parece suponer LÓPEZ RAMÓN, la caza (20) llega a constituir un *fructus fundi* cuando se suprime para

(19) En la pág. 496, concretamente. Me refiero allí a la posible adquisición por accesión del dueño del lugar y a la del titular de un aprovechamiento que también suponga facultad exclusiva de cazar en cierto sector o terreno. En lo que sigue me centro siempre en el primer supuesto y prescindo del segundo, aunque parece que para éste la cuestión, en efecto, se plantea de un modo paralelo. La tesis a considerar sería, en este segundo caso, si la adquisición de la titularidad del aprovechamiento suponía ya una adquisición de la propiedad sobre la caza que viviese en el terreno correspondiente, pero adquisición sometida a la *conditio iuris* de que se consiguiesen cazar dichos animales. Tesis, como explico en el texto para el caso del dueño del terreno cazador en monopolio, muy improbable, incluso si se atribuyera por el Derecho (lo que no es el caso: art. 50 de la Ley de Caza) al titular del aprovechamiento la propiedad de lo cazado furtivamente por los que no tuviesen el derecho de caza.

(20) La cuestión que planteo en el texto, se plantea de igual modo para la pesca que se realice en un coto de pesca en aguas de dominio público concedido por la Administración, de modo que el titular concesionario goce de la facultad de excluir que los demás pesquen en el sector correspondiente. Y parece que, en

los extraños la libertad de cazar allí y en beneficio de una facultad en exclusiva del dueño o de los dueños del terreno o terrenos (21). ¿Es o ha sido alguna vez históricamente en nuestro Derecho la caza un *fructus fundi*, o mejor, una adquisición por accesión? (22).

Pienso que la respuesta debería ser afirmativa (23) para aquellos casos en que se atribuyó al dueño del terreno lo cazado furtivamente por un tercero (Ley 17, tít. 28 de la Partida 3.^a, y art. 8 del Decreto Real sobre caza de 3 de mayo de 1834), o incluso la caza caída en el fundo desde el aire o llegada herida fugitiva al mismo (art. 7 de dicho Decreto

buena teoría, dicha cuestión debería plantearse y resolverse del mismo modo incluso en aguas de dominio privado, si no se reconocía la libertad de todos de pescar en las mismas. Pero aquí el artículo 38, párrafo 1.º, de la Ley de Pesca Fluvial de 10 de febrero de 1942, va más lejos, y desviándose de la declaración de nuestro Código Civil (art. 610) de que carecen de dueño los animales que son objeto de la caza y pesca, establece que «la pesca en aguas de dominio privado, mientras permanezca en ellas, es patrimonio del dueño de las mismas».

Como, según se deduce del propio tenor literal de la frase («mientras permanezca...») y de su comparación con el anterior artículo 37, «la pesca» no es el derecho a pescar, sino los mismos peces no pescados aún, hay que concluir que éstos son ya propiedad del dueño de las aguas.

Es ésta una declaración de consecuencias —supuesto que las tenga— poco claras y criticable, más cuando el precepto no se limita a aguas privadas «cerradas», sino que da por supuesto que los peces podrían pasar de unas aguas privadas a otras de distinto dueño o de dominio público. En estas condiciones (y aun sin ellas), la afirmación del artículo 38 parece que reposa en un error conceptual, puesto que no hay ninguna razón decisiva para distinguir a estos efectos a los peces de los animales libres objeto de caza que vagan por terrenos privados. Tanto éstos como aquéllos están vacantes de posesión (salvo los primeros, si, como en ciertos criaderos o piscifactorías, resultan perfectamente controlables y muy fácilmente apresables) y no son susceptibles de goce mientras no se cacen o pesquen. Además, el permiso dado a un extraño por el dueño de las aguas privadas para que pesque en ellas y sin expresa «reserva» de su propiedad sobre los animales que se hayan de pescar, indudablemente habría que entender conllevaba el derecho del pescador autorizado a obtener la propiedad de lo que pescase. Resultaría artificioso y poco realista reconocer en un supuesto así una derelicción de los animales como condicionada a que los pudiera pescar el extraño autorizado. Finalmente, no podría justificarse tampoco una disposición como la del artículo 38 de la Ley de Pesca de 1942, por el falso principio de que «el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella» (art. 350 del Código Civil). *Vid.* sobre este último precepto, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 370-371.

(21) Véanse los párrafos de las fuentes romanas en que la caza es denominada *fructus fundi* y que ha recogido LÓPEZ RAMÓN DE GARCÍA GARRIDO: se trata de textos situados, en su mayoría, en sede de usufructo y no dirigidos a explicar el modo de adquisición de la caza. *Vid. La protección de la fauna...*, nota 75, pág. 62.

(22) DE LOS MOZOS afirma que el acto de acotamiento «territorializa» la caza, que deviene pertenencia del fundo. *Vid. «Precedentes históricos...», RDP, 1972, página 303.*

El artículo 43-1, k), de la vigente Ley de Caza, se refiere a la «caza ajena» para aludir a los animales no cazados todavía que viven en un fundo vecino. *Vid.* al respecto, MARTÍNEZ PEREDA: *Sanciones y responsabilidades en materia de caza*, páginas 128 a 132.

(23) Así lo he indicado en mi tesis, págs. 376 y 496.

Real de 1834) (24). Pero no es para este excepcional supuesto para el que nos interesa especialmente resolver el interrogante que formulamos, sino, como indicaba ya, para el supuesto en que consigue aprehender el animal el propio dueño del terreno que goza del monopolio de la caza allí. En nuestro Derecho vigente, puesto que el principio general es que los terrenos, incluso privados, sean de aprovechamiento cinegético común (art. 8-1.º de la Ley y art. 9 del Reglamento) (25), la cuestión interesa sólo en supuestos «excepcionales», como, principalmente, en el de terrenos particulares cercados, en que efectivamente se prohíbe la caza a los extraños (art. 19 de la Ley), y, en casos y en distintos grados, en las diversas clases de cotos de caza (privados y locales, sobre todo) (26).

Pues bien, en mi opinión, no es indefendible que el cazador en monopolio (dueño del terreno) adquiera por accesión la caza, pero con su adquisición sometida a la *conditio iuris* de la aprehensión del animal, cuando precisamente el Derecho le reconozca la adquisición de la propiedad, incluso de lo cazado furtivamente por otro en su terreno. Así ocurría, por ejemplo, en el régimen del Decreto Real de caza de 3 de mayo de 1834, para la caza por el dueño en sus terrenos privados cerrados (no «abiertos»: art. 4, *a contrario*). Nótese que, en un caso así, devenía indiferente a efectos de la adquisición el que el animal fuera cazado por el dueño del terreno legitimado para cazar o por un intruso, con lo que el hecho de la aprehensión del animal podía pensarse, en efecto, que no

(24) La adquisición a que me refiero en el texto, reconocida por los artículos 7 y 8 del Decreto Real sobre caza de 1834, correspondía no exactamente al dueño, sino a éste o al arrendatario: o sea, acaso al poseedor legítimo del fundo. Esto permitiría dudar, como indico en mi tesis, si se trataba de una ocupación atípica o —como parece preferible— de una adquisición por accesión, pero en favor del poseedor y no del propietario. *Vid. Ocupación, hallazgo y tesoro*, nota 1, págs. 496 y 505.

(25) Parece que también, en general, cabe reconocer en nuestro Derecho (artículos 609 y 610 del Código...) el principio de que es lícito ocupar cosas o animales encontrados en propiedad ajena (privada o pública), si por las demás circunstancias del hallazgo lo encontrado resulta lícitamente ocupable. Las varias e importantes normas de sentido contrario (con diversos sentidos: art. 351, art. 417, art. 426, art. 19 de la Ley de Caza...) no pasan de ser, por tanto, excepciones a dicho principio general.

(26) Se trata, ciertamente, de excepciones en sentido formal, aunque parece que los diversos territorios sometidos a regímenes cinegéticos especiales suponen, en conjunto, mayor extensión que los sometidos al régimen cinegético de aprovechamiento común. Cuando el ámbito del problema que planteo fue, al menos formalmente, mayor, fue con la vigencia de la Ley de Caza de 1879: importaba, en principio, para toda la caza en terrenos privados. Pero aun entonces, es dudoso si no seguía siendo formalmente el principio general el de libertad de caza, porque hay que notar que la posibilidad de cazar en la generalidad de los terrenos públicos es ya para los cazadores posibilidad de cazar en terrenos ajenos. O sea, que podría sostenerse (aunque resultase un tanto artificioso y aunque es cierto que no todas las personas son propietarias de tierras) que cualquier cazador podía cazar en los terrenos propios y en los ajenos que no fueran particulares.

era sino una *conditio iuris* de la previa e inevitable adquisición por accesión del animal. Relevancia ésta, por otra parte, que convenía reconocer a la estricta ocupación del animal, porque incluso considerando prohibida e ineficaz la caza en el terreno para la generalidad, la concreta pieza de caza atrapada cabría pensar que hubiera podido también morir de vieja sin que nunca (y tampoco por esa muerte) la adquiriese el dueño del terreno.

Ahora bien, ese razonamiento, que hubiera podido realizarse para la caza en terrenos privados y cerrados bajo la vigencia del Decreto Real de 3 de mayo de 1834, parece que, en primer lugar, resultaba mucho más difícilmente sostenible desde el momento en que hubiese habido más de una persona que hubiese podido cazar lícitamente en el terreno cerrado (por tener permiso del dueño, por ejemplo) (27), y, por otra parte, acaso era de todos modos la explicación menos consistente de esa adquisición de la caza por el dueño del terreno cazador en monopolio, porque también cabía reducir el juego del principio de accesión estrictamente a lo cazado furtivamente por un extraño, y considerar adquiridas por ocupación (impropia o impura, si se quiere) las piezas cazadas por el propio dueño del terreno, lo que estaba más en consonancia con toda la tradición jurídica romanizada, que ha asociado siempre la caza a la ocupación. Piénsese que si en nuestro Derecho de caza vigente fuera adquirido por el dueño del terreno mediante la accesión lo cazado furtivamente por extraños, la dudosa interpretación que consideramos no sólo chocaría con nuestra tradición jurídica, sino con los artículos 610 del Código Civil y 22 de la Ley de Caza, que, recogiendo esa tradición, consideran siempre adquirida la caza por ocupación, sin más distinciones.

En fin, ya se ve entonces que en nuestro Derecho vigente es indudable que la caza se adquiere siempre por ocupación, incluso en terrenos cercados o acotados, no sólo porque así lo declaran el Código Civil (artículo 610) y la Ley de Caza (art. 22), sino porque, coherentemente con éstos, el artículo 50 de la Ley de Caza (en relación con los arts. 31-8, 42-f) y 43-b) de la misma Ley) ordena que sea decomisada la caza viva o muerta que se ocupe a quienes ilícitamente hubieran cazado en terrenos ajenos cerrados o acotados (28). Aunque no existe ya la posibilidad reconocida en el Derecho romano de que el cazador extraño ilícito (contra

(27) En tal caso, parece que la caza del singular animal sería algo más que una mera *conditio iuris*, y que habría que reconocer en el supuesto o un sistema mixto (accesión-ocupación) de adquirir por el dueño del terreno, o más bien, ya una verdadera ocupación, aunque «impura».

(28) El cazador intruso no adquiere la propiedad de las piezas ilícitamente cobradas, por lo que al serle decomisadas, se le priva sólo de la posesión y no de la propiedad: *Vid.* el artículo 22, 1.º, de la vigente Ley de Caza, y para la cuestión, en la doctrina italiana, que ha debatido este punto, CENDÓN: *Proprietà riserva e occupazione*, núm. 9, págs. 33 a 39.

la prohibición expresa del dueño del terreno) retuviese, indemnizando en su caso por los daños, la propiedad de lo cazado (29), esta solución del comiso de las piezas ilícitamente cazadas salva también perfectamente el principio de que la caza es adquirida mediante la ocupación. En ningún caso, en nuestro Derecho, la caza o la pesca son rigurosamente *fructus fundi*, ni pertenencias, ni adquisiciones por accesión. Unicamente cabe reconocer que en ocasiones la ocupación funciona como impura o impropia, en el sentido de que el que «llega primero» a la cosa o la «ocupa» es el único que podía adquirir haciéndolo, pero sin que por ello, a la vista de nuestra tradición jurídica y de los fundamentales preceptos antes vistos, el abatir o apoderarse del animal pueda llegar a considerarse mera *conditio iuris* de una diversa adquisición.

d) LA CUESTIÓN EN CUANTO A LOS MANANTIALES SUBTERRÁNEOS
DESCUBIERTOS

La misma duda o cuestión que hemos planteado para la caza en terrenos privados y cerrados bajo la vigencia del Decreto Real de 3 de mayo de 1834, se plantearía en el Derecho vigente para los descubrimientos no casuales (obtenidos mediante búsquedas dirigidas a tal fin) de manantiales subterráneos descubiertos, si se acepta la idea —no indefendible— de que la atribución que el Ordenamiento (art. 418 del Código, art. 22 de la Ley de Aguas) hace de la propiedad del manantial al «alumbrador», debe entenderse referida sólo al buscador hallador y no al alumbrador por casualidad (30).

Con este presupuesto, la situación sería similar a la estudiada más arriba en relación con el dicho Decreto Real de 1834, porque en fundos privados sólo el dueño, en principio, podría investigar aguas subterráneas (art. 417), y porque parece que habrían de adquirirse por accesión los manantiales subterráneos que descubriera ilícitamente un buscador extraño (como cazador furtivo...), así como los que descubriera un extraño casualmente (realizando excavaciones con otra finalidad), a los que, por hipótesis, no alcanzaría la declaración del artículo 418 del Código.

(29) Vid., por ejemplo, la información que LÓPEZ RAMÓN ha tomado de GARCÍA GARRIDO: *La protección de la fauna...*, nota 17, págs. 28 y 61. También, sobre el *ius prohibendi* del dueño del terreno en el Derecho romano, vid. DE LOS MOZOS: *Precedentes históricos...*, pág. 288.

Nótese que, en nuestro Derecho, el cazador intruso no sólo no adquiere la propiedad de lo cazado, sino que es sancionado penal o administrativamente (arts. 31-8, 42-f), 43-b), de la Ley de Caza).

(30) Vid. *Ocupación, hallazgo y tesoro*, pág. 649.

Así las cosas, y siempre con la señalada premisa, para los buscadores descubridores de manantiales subterráneos (únicos a quienes alcanzaría el art. 418), la ocupación sería «impura» no sólo en el sentido, más propio, de que el adquirente o «primer ocupante» debería haber sido buscador, sino también en el de que debería ser dueño del terreno o persona autorizada por él (31). La duda entonces sería, como sabemos, si el artículo 418 se limitaba a establecer una *conditio iuris* de la adquisición en todo caso por accesión del manantial subterráneo descubierto, o si, por el contrario, se trataba de una ocupación «impura» coexistente con la adquisición excepcional por accesión del manantial subterráneo descubierto por un buscador extraño sin permiso (32). Los artículos 407-6.º y 408-3.º del Código Civil probablemente no son argumento en favor de la primera posibilidad, porque parece que han de entenderse referidos sólo a las aguas subterráneas ocultas o no descubiertas todavía (33).

Ahora bien, si, como parece preferible, se piensa que el artículo 418 del Código (y art. 22 de la Ley de Aguas) no distingue, y que alcanza también a los descubrimientos casuales de manantiales subterráneos, entonces para éstos la ocupación sucederá sin necesidad de «ser buscadores» (por hipótesis) ni dueño del terreno o persona autorizada por él (adquiere también el extraño descubridor casual): supuesto, pues, de propia ocupación, que no constituirá la excepción a un sistema general de accesión, sino que será la misma norma general (art. 418), puesto que tampoco el dueño del terreno que se proponga investigar aguas subterráneas *in suo* necesita darse licencia a sí mismo (adquirirá, en su caso, por propia ocupación) (34). Sólo el buscador extraño, que requiere para poder adquirir la licencia del dueño del terreno, necesita entonces

(31) Digo que es más propio el primer sentido de la «impureza» de la ocupación, porque en este caso se trata de lo que hace el propio primer ocupante para llegar a adquirir (ser buscador o no...), mientras que en el otro caso (ser el dueño del terreno o autorizado por él...), se trata más bien de circunstancias previas o extrínsecas a lo que él mismo hace, aunque en todo caso estamos ante elementos del concreto supuesto de hecho de una adquisición por ocupación lícita. Piénsese que siendo necesario para la adquisición por el «primer ocupante» de animales objeto de caza o pesca, el haber obtenido previamente licencia de caza o pesca, siempre la adquisición del cazador o pescador se basa en «algo más» que la estricta ocupación. Pero parece poco útil señalar por eso la inevitable «impureza» de la ocupación de la caza y la pesca.

(32) Al tratar esta cuestión en mi tesis no consideré la primera de las dos posibilidades apuntadas, que me parece, como explico en el texto, muy difícilmente defendible (*vid. Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 648 a 650). Con todo, la opinión social común tiende probablemente a ver como más justificada la pertenencia de las aguas subterráneas al dueño del terreno que al alumbrador.

(33) *Vid.*, al respecto, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, pág. 648.

(34) Ya he explicado que parecen irrelevantes aquí los artículos 407-6.º y 408-3.º del Código Civil.

«algo más» que la estricta ocupación (cuestión de licitud), y faltándole dicha licencia, su descubrimiento dará lugar a una excepcional adquisición por accesión del manantial subterráneo en favor del dueño del terreno (35).

El alumbrador de las aguas subterráneas, a diferencia del mero derecho de aprovechamiento del «dueño» («aguas privadas») de una corriente de agua que es realmente de dominio público, tiene verdaderamente la plena propiedad del manantial o corriente subterránea descubierta: bien inmuebles, entonces, adquirido por ocupación, pese a que la norma general en nuestro Derecho es la pertenencia al Estado de los bienes inmuebles faltos de dueño (*vid.* arts. 21 y 22 de la Ley del Patrimonio del Estado, que no derogan esta anterior regulación especial del descubrimiento de manantiales subterráneos). Bien inmueble, por otra parte, que pasará a constituir una propiedad enclavada en otra de distinto dueño (el terreno, privado o de dominio público), cuando no sea el alumbrador el mismo dueño del terreno (*vid.* art. 334-8 del Código Civil y art. 71 del Reglamento hipotecario).

El carácter de plena propiedad privada sobre el manantial subterráneo descubierto parece que debe predicarse no sólo de la adquirida por el alumbrador, sino también de la adquirida por el dueño del terreno en el caso del alumbramiento por un buscador extraño sin licencia (el dueño del terreno viene a ocupar la posición que hubiera tenido, de haberlo, un «primer ocupante» adquirente del manantial).

No obstante, y aunque el párrafo primero del artículo 22 de la Ley de Aguas permitiría dudarlo, parece que si el adquirente del manantial subterráneo descubierto («primer ocupante» o dueño del terreno) no construye acueducto para conducir las aguas por los predios inferiores, dejándolas «abandonadas a su curso natural» (art. 22 de la L. A. y artículo 419 del Código), las aguas (la corriente, y desde su origen) se harán de dominio público y los dueños de los predios inferiores (y el del

(35) Esta es, en efecto, la explicación del conjunto de los supuestos posibles que consideré preferible en mi tesis. *Vid. Ocupación, hallazgo y tesoro*, pág. 650. Sobre la diferencia entre la plena propiedad privada adquirida por el alumbrador de aguas subterráneas y el carácter de mero derecho de aprovechamiento que tiene la «propiedad» de las llamadas «aguas privadas», ha llamado oportunamente la atención LACRUZ, *vid. Elementos de Derecho civil. Derechos reales*, vol. 1.º, páginas 265 a 268.

El profesor GUAITA había calificado ya en una ocasión (aunque sin destacarlo suficientemente en el conjunto de su argumentación) como ocupación la adquisición por el alumbrador del manantial subterráneo: *Vid. Derecho administrativo especial*, tomo V, Zaragoza, 1970, pág. 173. Para el conjunto de la explicación del autor sobre el tema de las aguas subterráneas y bibliografía sobre el mismo, véanse las páginas 159 a 195. Véase también sobre el tema, por último, el importante estudio de ALEJANDRO NIETO titulado «Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico», *RAP*, núm. 56 (1968), págs. 9 a 92.

predio mismo del que surgen las aguas) adquirirán el derecho de aprovecharlas (art. 22 L. A.).

La total o parcial falta de toma de posesión (construcción de acueducto) de la corriente subterránea descubierta parece suponer así una derelicción de la misma, que la convierte en bien de dominio público. Para reconocer en la práctica cuándo se ha producido ya esta derelicción «por omisión», habrá que estar a la voluntad del alumbrador adquirente, concediéndole lógicamente un plazo razonable para que realizando las obras oportunas entre en posesión de su manantial subterráneo descubierto.

La rápida construcción de acueducto será normal en la práctica en el caso del investigador hallador, que es en quien principalmente pensó el legislador, como sabemos por la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866; pero siendo casual el alumbramiento del manantial subterráneo cabe en algún caso que el alumbrador, acaso inicialmente ignorante de su adquisición, pretenda construir acueducto mucho tiempo después del alumbramiento: en teoría es bastante defendible que pueda hacerlo, incluso en la medida en que fuera posible, tras la adquisición de derechos por usucapión por los dueños de predios inferiores, siempre que la tardía toma de posesión de la corriente de agua (limitándose a una parte del caudal) respetase dichos derechos.

Según esta explicación, como se ve en el párrafo 2.º del artículo 22 de la Ley de Aguas y en el correspondiente artículo 419 del Código Civil, parece establecerse en la adquisición por ocupación del alumbrador la condición resolutoria de que falte la toma de posesión de la corriente subterránea descubierta y adquirida.

La toma de posesión de la corriente mediante el correspondiente acueducto por el dueño del terreno no alumbrador o un tercero le permitiría, en teoría, adquirirla por usucapión en treinta años (art. 1.959), pero como parece que cabe presumir que el alumbrador es consciente de sus derechos, el que tolerase dicha toma de posesión de la corriente por otro, acaso permitiría pensar en una inmediata adquisición por ocupación de la corriente alumbrada y derelicta o, mucho más probablemente, en que dicha corriente se hacía desde entonces de dominio público, con la consiguiente posibilidad del Estado o de los dueños de predios inferiores de reclamar que las aguas alumbradas fueran abandonadas por el ocupante «a su curso natural» (art. 419).

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA