

CONSIDERACIONES SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO NATURAL*

JAVIER BARCELONA LLOP

SUMARIO: — I. UN CONCEPTO GENERALMENTE ADMITIDO, PERO CON DETRACTORES: 1. La cuestión en Francia. 2. La cuestión en España. — II. CONVENIENCIA DE MANTENER LA NOCIÓN JURÍDICA DE DOMINIO PÚBLICO NATURAL. — III. ¿QUÉ BIENES FORMAN PARTE DEL DOMINIO PÚBLICO NATURAL? — IV. EL HETEROGÉNEO RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES Y RECURSOS DEL DOMINIO PÚBLICO NATURAL. — V. APUNTE FINAL: LAS PROPIEDADES PRIVADAS Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JUNIO DE 1996.

I.— UN CONCEPTO GENERALMENTE ADMITIDO, PERO CON DETRACTORES

1.— La cuestión en Francia

En 1987, Lavialle publica un estudio en cuyo título se pregunta acerca de la existencia del dominio público natural. El autor razona ampliamente la respuesta negativa al interrogante que formula. Admitir la existencia de un dominio público natural, dirá, es tanto como admitir la de un dominio público creado por la naturaleza, que preexiste a todo reconocimiento jurídico y que se impone al orden civil: “el dominio público es una creación jurídica y no el reconocimiento de una realidad anterior por parte del Derecho. Es la afectación al uso público o al servicio público lo que hace entrar a un bien en el dominio público. El acto que la realiza no es declarativo sino atributivo”. El estatuto de los bienes que se dicen pertenecientes al dominio público natural, añade, está artificial y formalmente definido, es el legislador quien decide acerca del ingreso de los bienes en la categoría dominial: “el dominio natural no es público sino por voluntad legislativa”. La conclusión a la que Lavialle llega es clara. El dominio público, dirá, es una creación cultural, una catego-

* El presente trabajo ha sido escrito con destino al homenaje al profesor Ramón Martín Mateo. Su redacción se cierra a mediados de mayo de 1998.

ría jurídica que no tiene realidad sino dentro del universo del Derecho. Es un régimen jurídico en el que se agrupan las reglas aplicables a ciertos bienes que pertenecen a las personas públicas y está condicionado por la afectación de los mismos al uso o al servicio público. Afectación legalmente establecida: el dominio llamado natural es público no a causa de su afectación natural al uso público, sino porque el legislador lo ha decidido así, organizándose a partir de ahí el régimen de la dominialidad y sus notas esenciales¹.

La tesis de Lavialle ha sido bien acogida por otro cualificado experto en bienes públicos, Godfrin, quien comparte con el primero la tacha de artificiosidad lanzada contra la distinción entre un dominio público natural y otro que no lo es, entre bienes que pertenecen *naturalmente* al dominio público y otros que no. Admitirla sería desconocer que "la pertenencia de un bien al dominio público natural resulta únicamente de la voluntad expresa del legislador, por lo que no hay dominio público por naturaleza"².

No obstante, la dicotomía dominio público natural/dominio público artificial que los citados rechazan no parece gozar de mala salud en Francia. Así, Dufau distingue entre la incorporación de los bienes al dominio público natural y al artificial. Los primeros se integran en el dominio público a consecuencia de fenómenos de orden natural suficientes para conferir la dominialidad, sin que tal consecuencia esté subordinada a decisión administrativa alguna: "la administración dicta a veces actos que delimitan el dominio público natural; pero estos actos constituyen simplemente el reconocimiento de un estado de cosas ya existente". En cambio, la entrada de un bien en el dominio público artificial requiere un procedimiento expreso de afectación. Es cierto que existen excepciones a una y otra regla, pero el criterio básico es, para Dufau, el señalado.

En una línea similar se orienta Brard, para quien el dominio público natural —que "en absoluto reenvía al derecho natural" por ser el dominio público entero una creación del derecho positivo— está compuesto por bienes en-

1. CH. LAVIALLE: "Existe-t-il un domaine public naturel?", CJEG 1987 (mayo), 627 ss. La cuestión no es de ahora. Lavialle recuerda que, si bien no Proudhon, algunos autores clásicos acogieron la distinción entre dominio público natural y dominio público artificial, que había sido esbozada por Domat al distinguir entre las cosas según su naturaleza y según las leyes civiles. Toullier, entre los civilistas, Ducrocq y, sobre todo, Berthélemy, entre los iuspublicistas, representarían esta línea doctrinal que, no obstante, no sería seguida por Duguit, Hauriou y Jèze. Las tesis de los citados están bien expuestas en R. PELLOUX: *Le probleme du domaine public*, París, Dalloz, 1932. Señálase también que, menos pormenorizadamente, Lavialle vuelve después sobre su planteamiento; vid. "Du domaine public comme fiction juridique", *La Semaine Juridique*, n.º 22, 1994, 262 y 264; *Droit administratif des biens*, París, PUF, 1996, 52-54.

2. PH. GODFRIN: *Droit administratif des biens*, París, Masson, 1994 (4.ª ed.), 27-28.

generados por fenómenos físicos, mientras que el artificial es fruto del hecho del hombre; por eso, el acto que delimita el primero es declarativo, se limita a constatar una situación de hecho resultante de fenómenos naturales. De delimitación del dominio público natural y del dominio público artificial hablan los autores de un prestigioso Tratado de Derecho administrativo, asignando al acto administrativo que procede a la primera efectos declarativos: la Administración no puede sino constatar los límites que resultan de los fenómenos naturales, sin extender el dominio público más allá de los mismos. De la importancia de la distinción desde el punto de vista de la incorporación de los bienes al dominio público, de la salida del mismo y de su delimitación dan cuenta Auby y Bon. Y, en fin, la dualidad de dominios es igualmente tomada en consideración por Chapus con un propósito similar³.

A la vista del panorama doctrinal reciente, la dicotomía combatida por Lavialle y Godfrin no parece estar en serio peligro. No pocos autores encuentran en ella utilidad a la hora de exponer importantes aspectos del régimen dominial. Tiene pues, cuando menos, un valor didáctico o expositivo, lo que quizá no es poco. Además, la noción de dominio público natural ha acabado por encontrar en Francia refrendo legislativo. Lo ha recibido, primero, en el artículo 29, párrafo cuarto, de la Ley 86-2, de 3 de enero de 1986, sobre el litoral⁴. Más tarde, la Ley 94-631, de 25 de julio de 1994, por la que se modifica el *Code du domaine de l'Etat* y se regula la constitución de derechos reales sobre el dominio público estatal, deja dicho que sus disposiciones no son de aplicación *au domaine public naturel*. Lógicamente, tal circunstancia no ha escapado a la crítica de Lavialle⁵, pero ahí está, atestiguando el vigor de una terminología cuyo empleo no carece de implicaciones jurídicas.

Conviene precisar que lo que subyace al planteamiento de Lavialle no es tanto negar que existen bienes de dominio público que lo son en atención a sus condiciones naturales, cuanto rechazar que el legislador llamado a establecer su régimen jurídico se encuentre vinculado irremisiblemente por lo que parece

3. Vid., por orden de la cita, J. DUFAU: *Le domaine public*, París, Ed. du Moniteur, 1990 (3.ª ed.), tomo I, 136 ss.; Y. BRARD: *Domaines public et privé des personnes publiques*, París, Dalloz, 1994, 18 ss., 99 ss.; A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET: *Traité de Droit administratif*, París, LGDJ, tomo II, 1992 (9.ª ed.), 230 ss.; J. M. AUBY, P. BON: *Droit administratif des biens*, París, Dalloz, 1993 (2.ª ed.), 42 ss.; R. CHAPUS: *Droit administratif général*, París, Montchrestien, 1992 (6.ª ed.), tomo II, 315 ss., 371 ss.

4. El precepto establece que "sobre el dominio público marítimo o fluvial, *natural o artificial*, gestionado directamente por el Estado, la autorización de explotación de cultivos marinos otorgada en aplicación de las leyes y reglamentos en vigor en materia de pesca marítimas y cultivos marinos, sirve como autorización de ocupación dominial".

5. CH. LAVIALLE: "La constitution de droits réels sur le domaine public de l'Etat", *RFDA* 10, 1994, 1110.

que debiera imponer la cualidad natural de los mismos. En el fondo, Lavialle estima que si la distinción entre un dominio público natural y un dominio público artificial quedara eliminada, sería más fácil dar respuesta a las nuevas necesidades que se plantean en la gestión del dominio público, más fácilmente solucionables si en lugar de apelar a una naturaleza preexistente que el ordenamiento se ciñe a constatar, se acepta que todo el dominio público es una pura y simple creación legal y que el legislador puede, en consecuencia, modular el régimen jurídico de las dependencias que lo componen sin verse constreñido por imposición alguna derivada de una pretendida condición natural de los bienes preexistente a la norma. No es, pues, la tesis de Lavialle una tesis inocente; persigue finalidades bien concretas, persigue entreabrir una puerta a la flexibilidad en la contemplación legal del dominio público, liberando al legislador de condicionamientos previos derivados de la cualidad natural de los bienes, condicionamientos que impedirían u obstaculizarían la adopción de determinadas soluciones novedosas cuya adopción se estima conveniente⁶.

Los favorables juicios doctrinales emitidos al hilo de la exclusión del dominio público natural del régimen de la citada Ley de 25 de julio de 1994 confirman lo que se acaba de decir. No son pocos los autores, y con ellos los parlamentarios a cuya paternidad hay que atribuir la norma, que consideran conveniente dejar a salvo al dominio público natural de medidas que pueden pugnar con la protección que le es debida⁷. La flexibilización del régimen del dominio público, idea que está en la base de la Ley de 1994, de alguna disposición anterior atinente al dominio público local y que debe enmarcarse en un contexto bien preciso⁸, no se estima oportuno que alcance al dominio público natural.

6. Lo señalado en el texto no se entiende del todo bien sin tener a la vista la evolución reciente de ciertos aspectos del régimen jurídico del dominio público en Francia, proceso en el que han intervenido diversos actores, comenzando por el Consejo de Estado y terminando por el Constitucional. No es ocasión ésta de dar detalles; me remito a mi trabajo citado *infra* en nota 8.

7. Vid. A. FOURNIER y H. JACQUOT: "Un nouveau statut pour les occupants du domaine public", AJDA 1994, n.º 11, 765; Ph. GODFRIN: "Une prudente audace: la loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public", CJEG 1995 (enero), 5, quien, pese a lo que señala en su obra ya citada, afirma que la previsión legal "donne un surcroît d'intérêt a la distinction traditionnelle entre domaine public naturel et artificiel"; O. DE DAVID BEUREGARD-BERTHIER: "Domaine public et droits réels", *La Semaine Juridique*, n.º 1, 1995, 4; M.C. ROUAULT: "La constitution de droits réels sur le domaine public", *RDImm.*, 17, 1995, 30.

8. Vid. J. BARCELONA LLOP: "Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia", *RAP* 137, 1995, 549 ss. De algunas de las cuestiones que en el citado trabajo se analizan, se hace también eco con solvencia M. FRANCH I SAGUER: "Imbricación del dominio público y privado", *RAP* 139, 1996, 419 ss.

2.— La cuestión en España

Cuando en nuestro país nace la doctrina jurídica del dominio público en sentido moderno, en él se consideran incluidos bienes o recursos a los que no son ajenas consideraciones naturales. Colmeiro señala que del dominio público forman parte bienes que "según su naturaleza no son susceptibles de apropiación particular", como el mar y sus riberas y las aguas, si bien éstas podían pertenecer "ora al dominio público, ora al privado", habida cuenta de que sus características naturales no obstan a su propiedad frente a lo que "arguyen algunos jurisconsultos y publicistas"⁹. Más tarde, con la Ley de 3 de agosto de 1866, las aguas marítimas y terrestres engrosan el elenco de los bienes incluidos en esa categoría jurídica del dominio público que iba poco a poco formándose y en la que entraban, según la Exposición de Motivos de Ley, "aquellas cosas cuyo uso es común por su propia naturaleza o por el objeto a que se hallan destinadas: tales son, por ejemplo, las playas, ríos, caminos, muelles y puertos públicos". De esta forma, en 1866, y además de otros bienes en los que la intervención humana es decisiva para su conformación, forman parte del dominio público dependencias identificables por sus características naturales y por ser de uso común, si bien tal circunstancia no impedía que sobre algunas aguas terrestres se reconocieran derechos de propiedad, por lo que no todas eran de dominio público aunque todas fueran, desde la perspectiva estrictamente natural, perfectamente asimilables.

En la dicotomía dominio público/dominio particular del Estado presente en la Exposición de Motivos de la Ley de 1866¹⁰, los recursos minerales quedaron englobados dentro de la segunda categoría. Ahora bien, a las minas alcanzó el concepto de dominio público con el Decreto de 29 de diciembre de 1868, por el que se establecieron las bases generales para la nueva legislación de minas. Por primera vez se registra formalmente la condición de las minas como bienes de dominio público, ¿acaso se ampliaba el catálogo del dominio público caracterizado por sus condiciones naturales? La respuesta, a mi juicio, ha de ser negativa. La declaración de dominialidad de las minas fue puramen-

9. M. COLMEIRO: *Derecho administrativo español*, 1850 (la ed.), que se maneja por la facsimilar editada por la EGAP, 1995, vol. II, 5 ss. A la cuestión de las aguas se había referido Arrazola en 1849 haciendo notar "que según el parecer de algunos [las aguas corrientes] se resisten a toda clase de aprensión por su naturaleza", opinión que el autor rebate: "podrá decirse, que la naturaleza de las aguas corrientes modifica esa propiedad, pero no que se opone a ella". L. ARRAZOLA: voz "Agua", en la *Enciclopedia española de Derecho y Administración*, ahora en el vol. II de la obra *Derecho de aguas en España*, a cargo de A. GALLEGU ANABITARTE, A. MENÉNDEZ REXACH y J.M. DÍAZ LEMA, Madrid, MOPU, 1986, 159 ss.

10. Sobre la misma, S. MARTÍN-RETORTILLO: "La elaboración de la Ley de Aguas de 1866", *RAP* 32, 1960, 34-35; GALLEGU ANABITARTE: "El Derecho español de aguas en la Historia y ante el Derecho comparado", en la obra colectiva citada en la nota precedente, 341-342.

te nominal, no alteró su condición de bienes particulares del Estado, que era la única que les cuadraba con arreglo a la concepción del dominio público de entonces, estrechamente vinculada a la idea de uso común¹¹.

La posterior evolución normativa sigue evidenciando que dentro del dominio público conviven, junto con otros, bienes cualificados por sus características naturales. La Ley de Aguas de 1879 y la legislación de Puertos de 1880 y 1928 son pruebas fehacientes de ello. Como también lo es el Código Civil, en cuya enumeración de bienes que forman parte del dominio público los hay fruto de la obra humana y los hay de uso común en razón de sus caracteres naturales. Lo que el Código Civil no acabó de resolver fue la condición de dominio público de los recursos minerales, dado que dijo que lo eran mientras no se otorgara su concesión. De hecho, y tras un proceso que es perceptible el debilitamiento de los planteamientos propietarios, los recursos minerales no son en rigor de dominio público hasta la Ley de Minas de 1944, como he expuesto en otro lugar¹².

En suma, la evolución legislativa del dominio público en España considera dos grandes bloques de bienes. Uno que procede de la obra del hombre, destinado a un uso o a un servicio público y de titularidad estatal o local; otro directamente dado por la naturaleza, afectado al uso público, integrado desde un principio por los recursos hidráulicos y los espacios costeros y, mucho más tarde, por los recursos minerales. Es cierto que no todos los bienes y recursos naturalmente identificables como aguas o zona marítimo-terrestre eran de dominio público toda vez que la existencia de aguas privadas y de enclaves particulares estaba admitida (lo que es muy diferente a que se dijera que las minas eran de dominio público mientras no se otorgara su concesión). Pero salvedad hecha de éste extremo, es claro que en el dominio público y en el régimen propio de esta categoría jurídica han entrado secularmente bienes y recursos adornados por una serie de características naturales que poseen al margen de toda intervención humana.

Por su parte, la doctrina no ha permanecido ajena a la consideración de un dominio público natural o por naturaleza, que con ambas fórmulas ha hecho a él referencia. Así, Gascon y Marín dice que "las cosas de dominio público pueden ser o bien ofrecidas directamente por la naturaleza, o bien pro-

11. Cfr. J. BARCELONA LLOP: *La utilización del dominio público por la Administración: las reservas dominiales*, Pamplona, Aranzadi, 46 ss. Se comprenderá, por lo dicho, que no comparta el criterio de quienes consideran que el dominio público alcanza a las minas no ya en 1868, que creo que no lo hace, sino antes, en la Ley de 1849, criterio mantenido por R. ENTRENA ("Naturaleza y régimen jurídico de las rocas", *RAP* 30, 1959, 44) y al que se ha adherido recientemente L.C. FERNÁNDEZ ESPINAR: *Derecho de minas en España (1825-1996)*, Granada, Comares, 1997, 103.

12. Cfr. BARCELONA LLOP: *La utilización*, cit., 53 y ss.

ducto del trabajo humano. De ahí la diferenciación entre el mar territorial, los ríos, por ejemplo, y los caminos y canales construidos por el hombre"¹³. García Oviedo y Martínez Useros sostienen que "el dominio público puede surgir, ya de la propia naturaleza de la cosa, ya del destino de la misma o fin de utilidad pública, ya de la costumbre", y precisan que "las cosas que por disposición natural cumplen un fin de utilidad social pierden su carácter de propiedad pública por su desnaturalización, ya por hecho espontáneo, ya por hecho del hombre"¹⁴. E. Rivero Ysern afirma que "en nuestro derecho positivo conocemos algunos supuestos de iniciaciones de la demanialidad a causa de fenómenos naturales (...) La propiedad que adquiere el Estado sobre estos bienes en base a los preceptos legales se produce lógicamente a causa de los fenómenos naturales. La causa que sirve de base a la adquisición es el fenómeno natural, y el efecto es que si tienen lugar y se constatan los requisitos que se enumeran en las disposiciones legales, el Estado adquirirá el dominio"¹⁵. Los Apuntes de la Cátedra del Profesor García de Enterría distinguen, a efectos de la afectación, entre un dominio público natural y un dominio público artificial¹⁶. De afectación natural habla Sánchez Blanco en su conocida monografía¹⁷; y, en fin, la noción de dominio público natural o dominio público por naturaleza es admitida y manejada por otros muchos autores cuya cita, si amplia y conveniente, no es sin duda completa¹⁸.

13. J. GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho administrativo (Doctrina general, parte segunda)*, Madrid, Imprenta Clásica Española, 1928, 394.

14. C. GARCÍA OVIEDO, E. MARTÍNEZ USEROS: *Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 1957 (6.ª ed.), 406-407; y en 421 se lee que "si los caminos, ordinarios o de hierro, son bienes de dominio público por razón del destino, ciertas porciones del territorio nacional que baña el mar lo son por su constitución natural".

15. E. RIVERO YSERN: *El deslinde administrativo*, Sevilla, IGO, 1967, 172-174. Vid., del mismo autor, "Las afectaciones y desafectaciones naturales de la zona marítimo-terrestre en el Derecho español", en los *Estudios en Homenaje al profesor López Rodó*, Madrid, Universidad de Santiago de Compostela, Universidad Complutense, CSIC, 1972, vol. II, 337 y ss.

16. Cátedra del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA: *Apuntes de Derecho administrativo*, 2.º, tomo I, Curso 1973-1974, 24-25 (a cargo de P. Sanz Boixareu), Curso 1984-1985, 29-30 (corrección y puesta al día de M. SÁNCHEZ MORÓN).

17. A. SÁNCHEZ BLANCO: *La afectación de bienes al dominio público*, Sevilla, IGO, 1979, 103 ss., si bien el autor acusa "la escasa entidad que parece poseer la idea de afectación o dominio público natural, a la que hay que añadir, como ha señalado la mejor doctrina, que el demanio natural como categoría jurídica operativa pasa por el reconocimiento de la Ley, con lo cual la pretendida naturalidad es minorada por la exigencia del reconocimiento legal".

18. F. GARRIDO FALLA: "Sobre el régimen del dominio público", *Estudios en homenaje a J.M. Pi y Suñer*, Barcelona, Bosch, 1962, 323, 326-327; "Artículo 338", en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, tomo V, vol. I, Madrid, Edersa, 1990 (2.ª ed.), 77; *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, vol. II, 1987 (8.ª ed.), 355-356; F. FUENTES BODELÓN: *Derecho administrativo de los bienes*, Madrid, ENAP, 1977, 51, 77, 88-89, quien titula las

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se localizan también alusiones o referencias al dominio público natural a propósito de litigios relativos a la zona marítimo-terrestre. Así, la Sentencia de 6 de julio de 1988 (Sala 1a, Arz. 5557) se refiere a “su condición de bien esencialmente común por naturaleza”, criterio que hace suyo la posterior de 12 de noviembre del mismo año (Sala 1a, Arz. 8440). La Sentencia, también de la Sala 1a, de 4 de julio de 1991 (Arz. 4413), precisa que en el artículo 339 del Código Civil “se detallan los [bienes] conocidos como dominio público por naturaleza, enunciados ‘ad exemplum’ pero caracterizados todos sólo por la nota común de su destino al uso público, puesto que nuestro Código desconoce la denominación de bienes de dominio público por naturaleza”. Y, en fin, la Sentencia de 22 de diciembre de 1995 (Sala 3.ª, Arz. 9687) afirma lo siguiente: “la existencia primaria del dominio público por naturaleza, como es el caso de la zona marítimo-terrestre, viene ligada a hechos naturales, pudiendo verse alterada su configuración como consecuencia de afectaciones y desafectaciones provocadas por fenómenos naturales (...) Si a consecuencia de fenómenos naturales el mar avanza invadiendo propiedades colindantes con la zona marítimo-terrestre se produce ‘ope legis’ una afectación determinante de su inclusión en el dominio público, en la medida en que el supuesto es incluible en las previsiones del artículo 132.2 de la Constitución española y de los artículos 3 y 4 de la Ley de Costas”.

No entro en el acierto o desacierto de las mencionadas Sentencias a la hora de resolver los conflictos que las suscitaron. Me limito a constatar que todas ellas se hacen eco de la noción de dominio público natural o por naturaleza. Como también lo ha hecho, explícitamente, el Tribunal Constitucional. Así, la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, deja dicho que *en la determina-*

partes III, IV y V de su obra *especiales de dominio público natural*; A. GUAITA MARTORELL: *Derecho administrativo. Aguas, montes y minas*, Madrid, Civitas, 1986 (2.ª ed.), 21 ss.; T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “La urbanización de las costas”, en J.M. BOQUERA OLIVER: *Derecho urbanístico local*, Madrid, Civitas, 1992, 385-386; J.I. MORILLO VELARDE: *Dominio público*, Madrid, Trivium, 1992, 100; J.R. CALERO RODRÍGUEZ: *Régimen jurídico de las costas españolas*, Pamplona, Aranzadi, 1995, 168 ss.; C. HORGUÉ BAENA: *El deslinde de costas*, Madrid, Tecnos-Instituto Universitario de Derecho público “García Oviedo”, 1995, 77 ss., donde la autora estudia *la afectación en el dominio público natural*. Entre la reciente manualística, R. PARADA VÁZQUEZ: *Derecho administrativo. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, Madrid, Marcial Pons, 1993 (5.ª ed.), 46-47, 68; L. ORTEGA ALVAREZ: “Los medios materiales de la Administración pública: el régimen de sus bienes”, en L. PAREJO ALFONSO, A. JIMÉNEZ BLANCO y L. ORTEGA ALVAREZ: *Manual de Derecho administrativo*, vol. II, Barcelona, Ariel, 1996, 38; L. MORELL OCAÑA: *Curso de Derecho administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 1996, vol. I, 499; M. GUEDEA MARTÍN: “Propiedades públicas y propiedades privadas de interés público”, en J. BERMEJO VERA (dir.): *Derecho administrativo. Parte especial*, Madrid, Civitas, 1996 (2.ª ed.), 324-326; M. SÁNCHEZ MORÓN, en la obra colectiva por él mismo dirigida, *Los bienes públicos (Régimen jurídico)*, Madrid, Tecnos, 1997, 37-38.

ción del llamado dominio público natural subyacen fines constitucionales legítimos vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, habla de “los géneros de bienes que, asimismo, en virtud de sus caracteres naturales, pueden integrarse en el demanio estatal”, de “tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas”, de “afectación general al dominio público mediante ley de todo un género de bienes definidos por sus características naturales”. El dominio público natural, pues, luce en la doctrina del Tribunal Constitucional, que no hace ascos al concepto.

No obstante, también en nuestro país la noción de dominio público natural se ha topado con algunas resistencias. Así, es significativo lo acontecido en los debates constituyentes con motivo de la tramitación del artículo 124.2 del Proyecto constitucional que, en línea con lo previsto en el artículo 122.2 del Anteproyecto, disponía que “en todo caso son bienes de dominio público por su naturaleza la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial, la plataforma continental y sus recursos naturales”.

El texto fue combatido por el Diputado Meilán Gil, quien se expresó en su contra de forma inequívoca, trayendo a colación la autoridad de Hauriou para argumentar la conveniencia de eliminar la expresión “por su naturaleza” de la mención constitucional al dominio público marítimo terrestre (DSC núm. 87, 13 de junio de 1987, 3193). Pretensión que, efectivamente, obtuvo, toda vez que la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso eliminó el inciso controvertido, que ya no volvió a hacer acto de presencia a lo largo del itinerario constituyente.

Años después, el propio Meilán ha vuelto sobre el particular, esta vez en sede doctrinal, al hilo del controvertido (o no, según se mire) tema de los enclaves privados en el dominio público marítimo-terrestre. Rememorando su propia intervención parlamentaria, dirá en 1988 que “la supresión de los términos ‘por naturaleza’ y la explicación dada proporcionan una salida a los supuestos de propiedad privada reconocidos anteriormente por los Tribunales con base en leyes anteriores”¹⁹. Más tarde, en 1996, precisará, en referencia al mismo episodio constituyente, que “no se trataba, obviamente, de impedir el uso del término ‘natural’, sino de que su inclusión en el texto constitucional, no siendo necesaria para la calificación demanial de zona marítimo-terrestre

19. J.L. MEILÁN GIL: “El concepto de dominio público marítimo-terrestre en el Proyecto de Ley de Costas”, *REDA* 59, 1988, 373.

y playas, valiese para reforzar la tesis 'absolutista' o 'hegeliana' del dominio público necesario"²⁰.

A partir de ahí, Meilán sostiene que la construcción doctrinal del dominio público natural encierra un equívoco. No rechaza que la condición natural de los bienes tenga relevancia para el Derecho, pero sí "la concepción del dominio público natural como dominio necesario"; lo decisivo para el autor es la afectación²¹. La conexión entre este argumento y el arranque del artículo de Meilán, ya referido, parece que debe ser la siguiente: entender el dominio público natural en sentido absolutista, en el de dominio público necesario, lleva a rechazar que sobre las dependencias del dominio público marítimo-terrestre existan enclaves de propiedad privada, conclusión que no viene avalada ni jurídica, ni históricamente. La tesis, dice Meilán, "sería irreprochable si se refiriese al horizonte legal que inicia una determinada declaración legal, que es lo que, en cierta medida, realizó la jurisprudencia tomando como punto de partida la Ley de Puertos de 1880, y si no se entendiese la naturaleza como una condición esencial y necesariamente intemporal que operase por encima de la contingencia de las leyes"; estima, por eso, que la dirección doctrinal "más conforme con la realidad de los tiempos —presentes y pasados— es la que rechaza la concepción del dominio público natural como dominio público necesario", y concluye afirmando que "la calificación del dominio público marítimo-terrestre es una determinación del legislador, no deriva del 'orden de la naturaleza', aunque la 'naturaleza de las cosas' explique o justifique el régimen jurídico —del dominio público— que se les aplica"²².

En definitiva, lo que al autor preocupa es la subsistencia de los enclaves privados, que estima amenazada por la *concepción absolutista* del dominio público natural a pesar de que no reconozca a ésta fuerza suficiente para materializar la amenaza. Como en el caso de Lavialle, tampoco ahora la crítica a la noción de dominio público natural es inocente.

20. J.L. MEILÁN GIL: "El dominio público natural y la legislación de costas", *RAP* 139, 1996, 10. En *El concepto*, cit., 372, había dejado dicho: "en el debate doctrinal existe por parte de los defensores de la tesis demanialista absoluta [esto es, de quienes rechazan desde antes de la Constitución que sobre el dominio público marítimo-terrestre puedan existir propiedades privadas: J.B.L.L.] un razonamiento que podría calificarse de hegeliano: predomina la tesis sobre su verificación en la realidad".

21. MEILÁN GIL: *El dominio público natural*, cit., 26 ss.

22. MEILÁN GIL: *El dominio público natural*, cit., 11, 32-33.

II.— CONVENIENCIA DE MANTENER LA NOCIÓN JURÍDICA DE DOMINIO PÚBLICO NATURAL

El concepto de *dominio público necesario* se maneja por la doctrina italiana al hilo de lo dispuesto en el artículo 822, apartado primero, del Código Civil, conforme al cual, pertenecen al Estado y forman parte del dominio público, las riberas del mar, las playas, las radas y puertos, los ríos, torrentes, lagos y aguas consideradas públicas en las leyes sobre la materia, y las obras destinadas a la defensa nacional²³. En definitiva, el dominio marítimo-terrestre, el dominio hidráulico y el dominio militar; dominio público necesario que, como se aprecia, no todo él es de origen natural²⁴ y cuya pertenencia al Estado es indisociable de su condición dominial. Se trata, dice Alessi, de "dos características inseparablemente unidas, dos fenómenos necesariamente concomitantes, dos lados, digámoslo así, de un mismo poliedro". Por el contrario, el dominio público eventual o accidental está integrado por aquellos bienes que sólo son dominiales si, cada uno de ellos en su individualidad, pertenecen al Estado (calles, carreteras, vías férreas, aeropuertos, acueductos, bienes de interés histórico, arqueológico o artístico, colecciones de museos, pinacotecas, archivos y bibliotecas, así como aquellos otros que determine la ley). Dominio público eventual que es, todo él, artificial.

Pues bien, es opinión consolidada que sobre el *dominio necesario* no es posible otra propiedad que la pública, que los bienes que forman parte de él sólo pueden ser, y en toda su extensión, de dominio público. Dice al respecto Zanobini que el destino (público) de estos bienes preexiste a la ley, que no pueden ser sino dominiales, que no pueden pertenecer sino a entes capaces de tener propiedades públicas; son en suma, bienes cuya estructura y composición viene dada naturalmente, insusceptibles de propiedad privada, "beni che non possono appartenere altro che allo Stato e la cui proprietà non può essere quella pubblica ossia demaniale". Construcción que tiene repercusiones importantes en el plano de la afección de la declaración de dominialidad a las propiedades privadas que pudieran existir²⁵.

23. Cfr. G. ZANOBINI: *Corso di Diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1958 (5.ª ed.), 21, 38-40; R. ALESSI: *Instituciones de Derecho administrativo*, Barcelona, Bosch, 1970, tomo II, 399-400, 419-420; P. VIRGA: *Diritto amministrativo. I principi*, Milán, Giuffrè, 1989, 347-349.

24. Circunstancia que sirve a ZANOBINI para afirmar que el artículo 822 del Código Civil se separa de la concepción tradicional del dominio necesario (*op. cit.*, 21). A nuestros efectos, tal precisión carece de relieve, debiendo señalarse, por lo demás, que el propio ZANOBINI hace uso de la expresión "dominio necesario" cuando se refiere a los bienes que el artículo 822.1 enumera.

25. Sobre el particular ALESSI se muestra tajante: la promulgación de la ley que establece la dominialidad es causa del pase automático de cada uno de los bienes al Estado, sin que ello de motivo a indemnización, al faltar el requisito de la *especialidad del sacrificio* del

¿Quiere ello decir que del concepto de dominio público natural ha de fluir sin falta la señalada consecuencia? ¿Es identificable el régimen jurídico del dominio público natural con la concepción italiana del dominio público necesario? A mi modo de ver, no. Particularmente, opino que si el legislador decide tomar en consideración las características físicas o naturales de una serie de bienes o recursos al objeto de afirmar su dominialidad, lo lógico es que la decisión afecte a todas las dependencias que encajan en los conceptos naturales que se toman como punto de referencia. Si tales características justifican el destino público de los bienes o recursos y éste su extracomercialidad, no hay, en principio, razón por la que algunos de ellos queden exentos de la afectación y estén dentro del comercio. Sucede, empero, que una cosa es lo que se acaba de decir y otra muy distinta que el legislador haya de someterse necesariamente a tal regla. La doctrina podrá creer en ella o no, pero el legislador es quien ha de valorar si se adopta o no un criterio semejante. Si el dominio público existe sólo por decisión del ordenamiento jurídico, lo que reputo indiscutible²⁶, y el régimen del dominio público natural puede ser sólo creación del Derecho, nada se opone a que el ordenamiento admita que sobre el dominio público que tiene en su base consideraciones naturales puedan existir propiedades particulares y que concretas dependencias que, en principio, tendrían que formar parte del dominio público natural escapen de él. Si la concepción italiana del dominio público necesario no se toma al pie de la letra, el dominio público natural puede existir jurídicamente a pesar de las propiedades privadas²⁷. Ahora bien, las excepciones a la dominialidad natural han de estar, a su vez, previstas por el ordenamiento. No es de recibo predicarlas si el legislador nada dice sobre ellas o expresa su voluntad de no admitir ninguna. Que el dominio público natural no haya de ser entendido en el sentido del dominio necesario italiano, en absoluto autoriza a contemplarlo como objeto posible de propiedades si el legislador no las tolera.

Y, entonces, ¿qué utilidad práctica tiene la noción de dominio público natural? Si logramos evadirnos de la tiranía de los conceptos, quizá podamos ad-

derecho privado, conclusión que ZANOBINI comparte aunque precisa que en la hipótesis de un bien singular que devenga insusceptible de propiedad privada, el requisito del sacrificio especial sí concurre y el rechazo de la indemnización no está justificado. En este último criterio se apoya E. RIVERO Y SERN para argumentar la indemnizabilidad de las que denomina "expropiaciones naturales", esto es, la conversión de una propiedad privada en dominio público marítimo-terrestre por razones naturales (invasiones del mar); vid. *Las afectaciones y desafectaciones naturales*, cit., 359 ss.

26. Ya ha quedado recogida en nota 17 la opinión al respecto de SÁNCHEZ BLANCO. Otros autores citados, como SÁNCHEZ MORÓN, van en la misma línea. Valga ahora la mención expresa de A. MENÉNDEZ REXACH: "La configuración del dominio público marítimo-terrestre", en VV.AA.: *Ley de Costas. Legislación y jurisprudencia constitucional*, EGAP-MOPr, 1992, 37, por nota.

27. Vid. GUAITA: *op. cit.*, 23, 26 y 27.

mitir que el de dominio público natural ofrece algún interés. Si no asignamos al mismo un contenido obligatorio preconcebido, quizá podamos sacarle algún partido. Mencionado ya el tema de las propiedades privadas, no es inoportuno afirmar que el Derecho puede tomar en consideración las características naturales de ciertos bienes o recursos al objeto de decidir acerca de su condición jurídica, al objeto de decidir, en definitiva, sobre su sustracción al tráfico jurídico ordinario y su afectación a un fin determinado de utilidad pública. Fuera del alcance del legislador está, por supuesto, manipular la configuración física de los bienes y recursos, que le viene impuesta y es en la que se apoya, pero no lo está organizar sobre ella un régimen jurídico determinado en atención a finalidades diversas y atendibles. En unos casos, el protagonismo del uso público del bien o recurso en su estado natural, inalterado, no modificado; en otros, el hecho de ser los recursos naturales fuente tangible de riqueza de la que de alguna manera ha de beneficiarse la colectividad; en todos, el componente medioambiental, de importancia cada vez más destacada.

Tomado jurídicamente en consideración el elemento natural, de ahí vendría que derivaran, al menos tendencialmente, algunas consecuencias de régimen jurídico. Esto es, si una decisión jurídica dominializa categorías enteras de bienes o recursos naturales, parece coherente que en la pormenorización de su régimen jurídico el ordenamiento no las contemple de forma idéntica a como contempla a los bienes dominiales de índole artificial. Así, la opción por incorporar al dominio público bienes o recursos naturales parece que debe formalizarse en un instrumento normativo de carácter general, aunque ello no sea exclusivo del dominio público natural; son bienes y recursos íntimamente conectados con el medio ambiente, lo que les convierte en acreedores de una protección especial que no tiene por qué concurrir en otros supuestos dominiales y obliga a elaborar reglas específicas; frecuentemente, serán de uso y disfrute colectivo por lo que éste extremo debe presidir el régimen de su utilización y aprovechamiento sin perjuicio de que otras modalidades puedan admitirse; en otros casos, serán económicamente relevantes para la comunidad entera, de donde se infiere que el sistema de aprovechamientos tenga en cuenta tan fundamental circunstancia; el régimen de la desafectación no conviene que se diseñe de espaldas a la persistencia de las condiciones naturales del bien, etc.

Con esto no se afirma que el legislador esté constreñido por un dato preexistente al Derecho, el natural, que no le permite maniobra alguna; antes al contrario, en la regulación del régimen jurídico de cada uno de los bienes o recursos del dominio público natural goza de un margen decisorio nada desdeñable. Pero si la ley decide considerar las características físicas de los bienes al objeto de proclamar su dominialidad, un mínimo de coherencia con esa decisión básica parece exigible; en otro caso, mejor es no adoptarla. Ningún sentido tendría que una ley decidiera la dominialización en bloque de bienes o recursos naturales y el régimen jurídico de los mismos siguiera idénticos

cánones que el de los bienes del dominio público artificial, cuya lógica y funcionalidad son otras.

III. — ¿QUÉ BIENES FORMAN PARTE DEL DOMINIO PÚBLICO NATURAL?

Llegados hasta aquí, tratemos de responder a la pregunta enunciada. Y hagámoslo descartando, de entrada, la identificación entre el dominio público natural y los recursos naturales mencionados en el artículo 45 de la Constitución. Es innegable que, como recuerda la STC 227/1988, al dominio público natural subyacen importantes intereses medioambientales; cabe, asimismo, que la técnica del dominio público contribuya a la protección ambiental de los bienes y recursos dominializados²⁸. Pero el dominio público natural no es sinónimo de los recursos naturales a que se refiere el artículo 45 de la Constitución. En algunos casos, un mismo objeto se situará sin dificultad alguna en ambas categorías, pero en otros no se produce la coincidencia.

Si reparamos en lo que se considera que son recursos naturales²⁹, se observa que los hay que no son de dominio público, ni tienen por qué serlo. Es el caso de la fauna y de la flora, de la tierra, incluso del aire. Nada podría oponerse, en principio, a que el legislador dispusiera otra cosa, pero habría que preguntarse seriamente por la medida en que es necesaria la condición de *res extra commercium* para salvaguardar dichos recursos del deterioro o de la extinción. Esto es, ¿tendría alguna eficacia adicional la aplicación de la categoría jurídica del dominio público a los mencionados recursos naturales desde la perspectiva de su protección medioambiental? Más adelante algo se dirá sobre el espacio aéreo; pensemos ahora por un momento en la fauna. No parece necesario dominializarla con fines conservacionistas ni, tampoco, para justificar la intervención pública ordenadora de la caza y de la pesca³⁰. Por ello, no

28. Sostiene que dicha contribución no es siempre contrastable F. LÓPEZ RAMÓN: "Dominio público y protección del medio ambiente", en el vol. col. *Ordenación del territorio y medio ambiente*, Oñati, HAE/IVAP, 1988, esp. 595 ss. Vid., también, F. DELGADO PIQUERAS: "Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente", REDC 38, 1993, 64 ss.; F.J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID: "Dominio público y medio ambiente", en el vol. col. *Protección administrativa del medio ambiente*, Madrid, CGPJ, 1994, 328 ss.

29. Cfr., por ejemplo, LÓPEZ RAMÓN: *Dominio público*, cit., 590 (suelo y subsuelo, agua, aire, flora y fauna); DELGADO PIQUERAS: *op. cit.*, 63 (aire, agua, tierra, fauna y flora); D. LOPERENA ROTA: *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, Civitas IVAP, 1996, 93 sigs. (atmósfera, mares, aguas continentales, suelo, flora y fauna). Con peculiar prosa, la STC 102/1995, de 26 de junio, se refiere a los recursos naturales al principio del FJ 6.º; de ahí se infiere que el Tribunal Constitucional entiende por tales el aire, el agua, la flora, la fauna, el suelo y los recursos minerales.

30. R. MARTÍN MATEO considera, en cambio, que la técnica del dominio público puede ser útil; vid. "La protección de la fauna y de la flora", *RVAP* 41 (en memoria de Pedro Mª LARUMBE BIURRÚN), 1995, 654. Algo más matizadamente, en su *Tratado de Derecho ambiental*, vol. III, Madrid, Trivium, 1997, 121-122, 175-176.

puede tildarse de afortunado el artículo 132.2 de la Constitución cuando afirma, sin distinguir alguno, el dominio público estatal de los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. Cabe predicar la dominialidad de los recursos mineros y energéticos que allí puedan existir, en línea con lo dispuesto en la legislación minera, pero mucho más difícil es admitir lo mismo respecto de los recursos pesqueros, que son también recursos naturales. Por eso, el dominio público de éstos es, en realidad, intervención, ordenación³¹, no extracomercialidad ni régimen jurídico inspirado en los principios de inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad. El intervencionismo público sobre las actividades relacionadas con la fauna tiene apoyatura constitucional en el mandato a los poderes públicos de velar por la utilización racional de los recursos naturales (STC 66/1991, de 22 de marzo) y todas las medidas que se contemplan en orden a la protección de los animales silvestres encuentran, también, asiento suficiente en el título medioambiental³², siendo el dominio público por completo innecesario para su efectividad. Amén de que diste de estar clara la conveniencia de su aplicación a seres vivos. Quizá por ello el Tribunal Constitucional interpreta, en la Sentencia 14/1998, de 22 de enero, que la concesión administrativa exigida por la Ley de Extremadura 8/1990, de 21 de diciembre, para el aprovechamiento cinegético privado no tiene en su base la dominialización de las piezas de caza³³.

Dicho lo anterior, y si el dominio público natural sólo existe porque el ordenamiento así lo quiere, recordemos que el artículo 132.2 de la Constitución menciona al dominio público marítimo-terrestre, motivo por el cual, obvio es, esta especie del dominio público natural, que es seguramente la más importante, debe sin duda existir. La zona marítimo-terrestre, las playas, el mar te-

31. Vid. G. BARRIO GARCÍA: *Régimen jurídico de la pesca marítima*, Madrid, Marcial Pons, 1998, 31; y, muy especialmente, la tesis doctoral de A. SÁNCHEZ LAMELAS: *Régimen jurídico-administrativo de la pesca marítima*, Santander, 1998, 326 ss., y la bibliografía allí citada.

32. Cfr. F. LÓPEZ RAMÓN: *La protección de la fauna en el derecho español*, Sevilla, IGO, 1980, 17 ss. y *passim*; J. ESTEVE PARDO: "La protección de la fauna: el caso de los llamados animales dañinos", *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989, 369 ss.

33. Dice la Sentencia que, sin perjuicio de la desafortunada denominación del título jurídico, "no se trata de una concesión de facultades o derechos de los que previamente la Administración haya privado a sus titulares para asumirlos y concederlos, sino simplemente del juego de una autorización administrativa de carácter reglado que se exige para el aprovechamiento cinegético privado de la caza". El voto particular formulado por el Magistrado Gabaldón López sostiene, en cambio, otra cosa muy distinta: "ha tenido lugar, sin duda, una *publicatio* de los recursos cinegéticos, operada una demanialización de todo un recurso natural, el recurso cinegético, que afecta a toda una categoría de los bienes en que consiste el objeto de ese aprovechamiento, o sea la fauna silvestre". Con independencia de la discrepancia en el seno del Tribunal Constitucional y de cuál fuera la pretensión del legislador de Extremadura, creo que el criterio apuntado en el texto es el más acertado.

ritorial, los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental (con las precisiones hechas) forman, así, el dominio público natural constitucionalmente obligado, si bien cabe preguntarse por el acierto de la aplicación de una categoría jurídica ya de suyo controvertida, la dominial, al mar territorial. Es verdad que el mar territorial es legalmente considerado en España como de dominio público desde hace mucho tiempo pero, sin pretender terciar ahora en la polémica acerca de la naturaleza jurídica del dominio público, lo más probable es que nos encontremos aquí ante soberanía o jurisdicción, no ante otra cosa³⁴.

En cualquier caso, lo que la Constitución no hizo, ni evidentemente podía hacer, es definir las dependencias que integran el dominio público natural constitucionalizado. En relación con algunas de ellas el Derecho Internacional del Mar asume su protagonismo (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, ratificada por España mediante Instrumento de 20 de diciembre de 1996), pero respecto de otras es el legislador nacional el llamado a pronunciarse. Lo que deberá hacer, por supuesto, respetando ciertas exigencias, oportunamente destacadas por la STC 149/1991, de 4 de julio, al hilo de la impugnación del artículo 3.1, a) de la Ley de Costas:

“La Constitución, al facultar al legislador para determinar qué bienes han de formar parte del dominio público estatal, determina por sí misma (imponiendo con ello al legislador la obligación de incluirlos en el demanio) que en todo caso formarán parte de él la zona marítimo-terrestre y las playas, pero, como es evidente, no pretende atribuir a estos conceptos otro contenido que el de su valor léxico, ni eleva a rango constitucional las definiciones legales previas. El legislador, al definirlos con mayor precisión para establecer una más nítida delimitación del demanio, que es una de las finalidades plausibles de la Ley impugnada, no puede ignorar este valor léxico, pero, ateniéndose a él, es libre para escoger los criterios definitorios que estime más convenientes.

Es claro que el criterio ahora utilizado, como todo criterio que hace referencia al cambio en el tiempo, adolece de una cierta imprecisión, puesto que puede modificarse nuestro conocimiento del pasado y no tenemos el del porvenir. No puede tacharse, sin embargo, en modo alguno de irracional o caprichoso, ni se aparta en nada de la noción genérica de zona marítimo-terrestre como *zona en donde el mar entra en contacto con la tierra emergida*, ni, por último, difiere sustancialmente de los empleados con anterioridad”.

34. Vid. A. MENÉNDEZ REXACH: *op. cit.*, 51. Una postura ecléctica (soberanía y dominio público) mantiene J.R. CALERO RODRÍGUEZ: *op. cit.*, 216-218, con un apunte sobre las diversas posturas doctrinales habidas sobre el particular.

Dicho de otro modo: el legislador puede modificar la definición conocida de zona marítimo-terrestre, pero no puede perder de vista que el concepto tiene un sustrato natural insoslayable: zona en donde el mar entra en contacto con la tierra emergida.

Si el dominio público marítimo-terrestre es el dominio público natural que debe existir inexcusablemente por imponerlo así la Constitución, la determinación de qué otros bienes o recursos se integran en la categoría no es cuestión constitucional. El artículo 132 muestra un mayor comedimiento que el 84.1 de la Constitución de nuestros vecinos portugueses a la hora de precisar qué bienes pertenecen al dominio público. En el curso de los debates constituyentes se postuló incrementar el elenco del dominio público constitucionalizado con la pretensión de incluir en él a las aguas continentales, con fracaso tanto en el Congreso³⁵ como en el Senado³⁶. No es que la mayoría constituyente albergara enemiga alguna a la dominialización de las aguas (superficiales o no); simplemente, no consideraba oportuno engrosar el listado de los bienes que, *ex constitutione*, debían ser de dominio público.

En consecuencia, es el ordenamiento subconstitucional el encargado de establecer qué bienes o recursos diferentes al dominio público marítimo-terrestre forman parte del dominio público natural. Tarea que asume la ley y, más precisamente, la ley estatal. Así lo ha señalado la STC 227/1988 en términos inequívocos: “cuando se trata de categorías completas de bienes formados por la naturaleza —leemos allí— a semejanza de los que en el propio pre-

35. Vid., para el debate en la Comisión, DSC núm.87, de 13 de junio de 1978, 3195-3196, al hilo del intento del diputado Gastón Sanz de dominializar constitucionalmente las riberas de los ríos y de los lagos al objeto de frenar la que reputaba progresiva privatización de las mismas y su degeneración. Más tarde, en el Pleno del Congreso, los términos de la discusión volvieron a producirse, quedando allí clara la postura de la mayoría en favor de no engrosar el listado, sin mengua de reconocer que han de existir otros bienes de dominio público. Además, dijo el diputado Rovira Tarazona, no por incluir a las riberas de los ríos y de los lagos en la Constitución se lograría necesariamente un mayor respeto hacia unas y otras: “si se han incluido en el Código Civil y en la Ley de Aguas y no se respetan, probablemente lo mismo podría ocurrir en relación a la Constitución. Los particulares no le van a tener más respeto que el que tienen a las leyes ordinarias” (DSC núm. 110, de 14 de julio de 1978, 4294-4296). Por cierto, ¿sospechaba el diputado que lo mismo había de ocurrir con la constitucionalización del dominio público marítimo-terrestre? En verdad, hay comentarios que no se comprenden bien cuando se emiten con motivo de la elaboración de una norma jurídica.

36. Verdaderamente destacada fue la intervención del entonces senador L. MARTÍN-RETORTILLO. Vid. el relato de la misma, que puede consultarse directamente en el DSS número 52, 8 de septiembre de 1978, 2474-2476, en su libro *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Madrid, Akal, 1985, 328 ss. Del mismo autor, y a la vista ya de la Ley de Aguas de 1985, “Las aguas subterráneas como bienes de dominio público”, en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, cit., 677 ss.

cepto constitucional se declaran de dominio público, el art. 132.2 exige la demanialización por ley y sólo por ley del Estado. Al tiempo, y por lo que aquí interesa, viene a señalar que, en tales supuestos, los bienes demanializados se integran necesariamente en el dominio público estatal". Ello que no significa que la Ley no pueda dominializar clases enteras de bienes distintos de los naturalmente caracterizados³⁷, pero no cabe duda de que el ámbito *natural* de las dominializaciones por ley estatal de categorías enteras de bienes o recursos es, precisamente, el del dominio público natural. Pero, eso sí, el legislador se enfrenta con algunos límites causales: "es evidente, dice la STC 149/1991, que de los principios y derechos que la Constitución consagra cabe deducir sin esfuerzo que se trata de una facultad limitada, que no puede ser utilizada para situar fuera del comercio cualquier bien o género de bienes si no es para servir de este modo a finalidades lícitas que no podrían ser atendidas eficazmente con otras medidas".

Establecida la competencia del legislador estatal, no cabe duda de que la Ley de Aguas de 1985, que dominializa *pro futuro* prácticamente todos los recursos hidráulicos, es una ley reguladora de un recurso perteneciente al dominio público natural. Un experto tan cualificado en la materia como S. Martín-Retortillo ha señalado que la ordenación de los recursos hidráulicos, su racional explotación y la primacía del interés general podrían haberse conseguido de igual manera con fórmulas alternativas a la dominialización, pero es inconcuso que la opción seguida era una de las posibles, como el citado reconoce³⁸. Opción que, en fin, ha sido avalada por la STC 227/1988 considerando que no es desproporcionada ni arbitraria. No hace falta que nos detengamos ni un momento más sobre el particular: el dominio público hidráulico es dominio público natural por decisión del legislador. Lo que no quiere decir que todos los recursos hidráulicos sean de dominio público, puesto que la Ley, haciendo uso del margen de que dispone, permite la subsistencia de aguas en manos privadas.

Pero, además de los citados, ¿forman parte otros bienes y recursos del dominio público natural? Sobre el particular la doctrina no acaba de llegar a un acuerdo definitivo. En principio, creo, con la generalidad de los autores, que

37. Ahí está, por ejemplo, el artículo 44.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español. El precepto no dice a quién corresponde la titularidad del dominio público arqueológico y, en una primera aproximación, se puede convenir con J.M. ALEGRE AVILA en que se trata de un dominio público de titularidad estatal (vid. *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1994, tomo II, 351 ss.). Sucede, empero, que alguna normativa autonómica se aparta de dicho criterio. Consúltese, si no, el artículo 53 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán. Aun a la vista de este precepto, el propio ALEGRE ratifica su postura inicial; vid. "El patrimonio arqueológico. Aspectos de su régimen jurídico", *Patrimonio Cultural y Derecho*, 1, 1997, 121-122.

38. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Derecho de aguas*, Madrid, Civitas, 1997, 77 ss.

también los recursos mineros forman parte del dominio público natural. Son, desde luego, recursos naturales y todos ellos legalmente declarados de dominio público, con independencia de que la dominialidad alcance también a residuos y depósitos de origen no natural. Dominio público que el legislador proclama sin excepciones. Aunque se han vertido críticas a la dominialización de las rocas, es indudable cuál es el deseo del legislador en orden a la naturaleza jurídica de todos los recursos que la Ley de Minas regula. Naturaleza que, a mi juicio, alcanza a las aguas minerales y termales que, si excluidas en lo que a su dominio concierne del campo de aplicación de la Ley de Minas, forman parte del dominio público hidráulico, natural por tanto, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Aguas, aunque un importante sector doctrinal entiende que el dominio de aquellas sigue los cánones del Código Civil³⁹.

No obstante, la pertenencia de las minas al dominio público natural ha sido impugnada aduciendo que su necesaria investigación y las técnicas peculiares que requiere su explotación "están muy distantes de la idea expresada por Zanobini, y acogida por amplios sectores doctrinales, según la cual los bienes del dominio público natural son aquellos que, por sí mismos y sin necesidad de la voluntad del hombre, son idóneos para una determinada afectación"⁴⁰. El argumento no es convincente. La forma de aprovechamiento de los bienes del dominio público natural no puede disociarse de las características naturales de los mismos, determinando éstas el modo a través del cual el ser humano accede a su uso y disfrute. Si la localización natural de los recursos minerales impone el empleo de técnicas especiales para acceder a su aprovechamiento, lo que una característica natural no puede tener como consecuencia es despojar a un recurso natural de la condición de bien de dominio público natural si el legislador ha decidido que sea de dominio público.

El tema de los montes públicos es más complejo puesto que, de entrada, su condición dominial no está bien definida en todas las normas que les son aplicables. Sabido es que el artículo 11 del Reglamento de la Ley de Montes, y no ésta misma, califica a los públicos de patrimoniales, admite el dominio público de los adscritos a algún uso o servicio público y remite el carácter y condición jurídica de los bienes comunales a lo que disponga la legislación de régimen local. En ésta, y desde la LRBRL de 1985, los comunales son

39. A ello me he referido en BARCELONA LLOP: *La utilización*, cit., 251 y 252, con las oportunas referencias doctrinales en los diversos sentidos. A las allí recogidas, añádase S. MARTÍN-RETORTILLO: *Derecho de aguas*, cit., 185 ss.

40. SÁNCHEZ BLANCO: *op. cit.*, 104, por nota.

expresamente declarados bienes de dominio público⁴¹ mientras que, de conformidad con el artículo 74.2 TRRL, son bienes de servicio público los montes catalogados de propiedad provincial⁴², especificación de la propiedad provincial que no aparece en el artículo 4 RBEL que habla, sin más, de los montes catalogados, por lo que el precepto reglamentario ha de ser interpretado en el sentido que expresamente se infiere del de rango legal. En definitiva, los montes públicos pueden ser, según los textos citados, dominiales o patrimoniales, de donde resulta que espacios públicos naturalmente parangonables son objeto de calificaciones jurídicas diferentes, lo que no deja de suscitar una cierta perplejidad. Si bien lejanamente, el panorama recuerda al que existe en Francia, donde los bosques estatales, sometidos a un exorbitante *régime forestier*, son del dominio privado aunque concurren en ellos una adaptación especial y estén abiertos al uso público, mientras que a los espacios forestales no estatales la jurisprudencia aplica las reglas comunes de la dominialidad y, constatados el uso público y la adaptación especial, aprecia su condición de dependencias del dominio público⁴³.

La perplejidad apuntada se atenúa un tanto si se acepta que los montes catalogados son, en realidad, de dominio público toda vez que, como dice Guaita, los montes no son tanto lo que la legislación forestal dice de ellos cuanto lo que de ellos hace⁴⁴. Si el postulado se admitiera, los montes catalogados quedarían insertos en la categoría del dominio público y las peculiaridades que por relación a otros bienes dominiales están presentes en su régimen jurídico no serían sino expresión de que no todo el dominio público tiene por qué estar sometido a idénticos cánones jurídicos. A la conclusión podría contribuir que la legislación forestal autonómica maneja con cierta soltura el concepto de dominio público forestal⁴⁵. Por citar algún ejemplo, la Ley

41. La taxatividad de la declaración legal (artículo 80 LRBRL) no ha apagado la polémica acerca de la titularidad sobre los comunales; vid. A. NIETO: "La nueva regulación de los bienes comunales", *REALA* 233, 1987, 15 y 16, manteniendo la tesis de la titularidad compartida; en cambio, E. COLOM PIAZUELO sostiene la titularidad municipal sin que ello suponga desconocer los derechos de aprovechamiento de los vecinos. Vid. su monografía: *Los bienes comunales en la legislación de régimen local*, Madrid, Tecnos-Gobierno de Aragón, 1994, 35 ss., con minucioso análisis de las diferentes posturas.

42. Repárese en que la vigente legislación de régimen local conserva la clase de afectación de los montes catalogados que, en su día, combatiera GUAITA por su inexactitud; vid. "Naturaleza jurídica de los montes catalogados del Estado y municipales de propios", en *Conferencias sobre Derecho y propiedad forestal*, Madrid, Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Montes, 1976, 20 y 21.

43. Referencias doctrinales y jurisprudenciales en BARCELONA LLOP: *Novedades*, cit., 555-556, por nota. Sobre el requisito de la adaptación especial, *ibid.*, 553 ss.

44. GUAITA: *Naturaleza jurídica*, cit., en su totalidad; *Derecho administrativo*, cit., 226 a 228.

45. Cfr. J. ESTEVE PARDO: *Realidad y perspectivas de la ordenación jurídica de los montes*, Madrid, Civitas-Generalitat de Catalunya, 1995, 247 ss.

16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid, dice en su artículo 13 que los montes catalogados son inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo los de carácter patrimonial respecto de los que cabe la prescripción treintenar, y atribuye a la Comunidad de Madrid las potestades de investigación, recuperación, deslinde y amojonamiento de todos los montes públicos bajo la rúbrica, bien significativa, de *consolidación demanial de los montes públicos* (artículo 36). Más explícita aún es la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, respecto de la que se ha dicho que la diferencia, que mantiene, entre montes públicos dominiales y patrimoniales es provisional por tener todos los montes en mano pública valores forestales que los hacen acreedores del régimen del dominio público, llamado a alcanzar a todos ellos⁴⁶.

No obstante, la consideración de los montes catalogados como bienes de dominio público requiere que medie una expresa afectación, que en la legislación estatal no existe en apariencia. Ahora bien, la afectación dominial de los recursos naturales no se circunscribe al uso y servicio públicos en sentido tradicional (esto es, en el sentido del Reglamento de la Ley de Montes). La STC 227/1988 confiere a la afectación de los bienes y recursos naturales una dimensión más amplia: la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como la que garantiza el artículo 45 de la Constitución, o la defensa y utilización racional de toda la riqueza del país en cuanto que subordinada al interés general. Por ello, es factible una interpretación del artículo 11 del Reglamento de la Ley de Montes que permita afirmar que la afectación a un uso o servicio público que menciona ha de complementarse con la afectación a que se refiere la STC 227/1988. Y no parece dudoso que, a la vista de las diversas razones que justifican, ex artículo 25 del citado Reglamento, la declaración de un monte como de utilidad pública, a todos ellos conviene la afectación en el sentido referido por el Tribunal Constitucional⁴⁷. De esta manera, el aspecto formal de la afectación de los montes de utilidad pública queda cubierto, sin que a ello se oponga el inciso primero del artículo 132.2 de la Constitución toda vez que desde la STC de 8 de mayo de 1981 sabemos que las reservas constitucionales a la ley no son retroactivas.

46. J.I. MORILLO VELARDE: "El dominio público en la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía. El demanio forestal", *Administración de Andalucía* 13, 1993, 371.

47. La citada Ley de Andalucía es, a este propósito, de recordatorio pertinente. Según su artículo 21, son montes de dominio público los afectados a un uso o servicio público, los que lo sean por aplicación de una norma del Estado y "aquellos montes que se vinculen a la satisfacción de intereses generales y, en concreto, a la protección y mejora de la calidad de vida y a la defensa y restauración del medio ambiente".

Supuesta la dominialidad de los montes de utilidad pública, ¿forman parte del dominio público natural? Para Guaita, sí; para Morillo-Velarde, no⁴⁸. A mi juicio, conviene la primera respuesta. No veo razón consistente que avale la exclusión de los montes de utilidad pública de la categoría jurídica del dominio público natural. Es cierto que no se dominializan todos los montes, pero ello no es obstáculo, como ya he dicho, a la existencia del dominio público natural. Lo relevante, ahora, es que el dominio público se proclama de recursos naturalmente identificables, en la medida en que lo son y cuyo destino básico es servir a los fines que el Tribunal Constitucional considera propios del dominio público natural. Por otro lado, y según la interpretación que se ha hecho del artículo 11 del Reglamento de la Ley de Montes, quedaría cubierto el requisito de la declaración estatal de la dominialidad natural de los montes, que las leyes autonómicas no hacen sino explicitar abiertamente.

¿Y el espacio aéreo? El aire es un recurso natural; pero, ¿es de dominio público? En Francia, han sostenido la afirmativa destacados publicistas, la cuestión dista mucho de estar resuelta de manera unánime⁴⁹. Por su parte, el Consejo Constitucional ha hecho gala de un prudente absentismo y ha rehuído cualquier pronunciamiento sobre la condición jurídica del espacio hertziano⁵⁰. Y, en fin, una vez que el artículo 10 de la Ley de 17 de enero de 1989 afirma que “la utilización por los titulares de autorización de frecuencias radioeléctricas disponibles sobre el territorio de la República constituye un modo de ocupación privativa del dominio público del Estado”, la doctrina discrepa acerca de la oportunidad y conveniencia de una declaración semejante⁵¹.

En nuestro país, reputados expertos consideran que el espacio aéreo es de dominio público⁵². Opinión que parece haber influido en el Tribunal Consti-

48. GUAITA: *Derecho administrativo*, 21; Morillo-Velarde: *op. ult. cit.*, 366-367.

49. Vid. las referencias que aporta Ch. LAVIALLE: “La condition juridique de l'espace aérien français”, *RFDA* 1986, 6, 852, autor que rechaza la dominialidad del espacio aéreo; del mismo, *Droit administratif des biens*, cit., 62-63. La postura contraria en DE LAUBADÈRE et. al.: *op. cit.*, 183. Señalan AUBY Y BON (*op. cit.*, 37) que si hay dominio público aéreo la incertidumbre permanece acerca de sus límites y la cuestión sigue siendo controvertida.

50. Decisión 86-217, de 18 de septiembre de 1986, *Liberté de communication*. Frente a la pretensión de los recurrentes, que afirmaban la pertenencia del espacio hertziano al dominio público, el Consejo rehusó pronunciarse explícitamente y reconoció al legislador el poder de regular el sector privado de la comunicación audiovisual, “quelle que soit la nature juridique de l'espace hertzien”. La decisión citada en la recopilación de L. FAVOREU: *Recueil de jurisprudence constitutionnelle*. 1959-1993, Paris, Litec, 1994, 285 para lo que aquí interesa.

51. En la *RFDA*, 1989, 2, 251 y ss., se publica una controversia en la que, bajo la rúbrica “Les ondes appartiennent-elles au domaine public?”, B. DELCROS se pronuncia a favor y D. TUCHET en contra. En esta última línea, LAVIALLE: *Droit administratif*, cit., 64.

52. GARRIDO FALLA: *Tratado*, cit., vol. II, 383; *Artículo 338*, cit., 97-98; FUENTES BODELÓN: *op. cit.*, 460-461; SÁNCHEZ BLANCO: *op. cit.*, 159 ss.; GUAITA: *Derecho administrativo*, cit., 21.

tucional quien ha dejado dicho que “la emisión mediante ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio entraña la utilización de un bien de dominio público, con una calificación por nadie contradicha” (STC 12/1982, de 31 de marzo), y que “la emisión mediante ondas radioeléctricas entraña la utilización de un bien calificado como de dominio público” (STC 74/1982, de 7 de diciembre). Afirmaciones que no escaparon a la crítica doctrinal⁵³, pero que el Tribunal ha mantenido más tarde al menos en relación con el espacio radioeléctrico, que no es lo mismo que el aéreo. Así, la Sentencia 206/1990, de 17 de diciembre, señala que la emisión de radio y televisión está sujeta a una doble concesión, la de gestión de servicio público y la dominial, aunque “en virtud del principio de prevalencia del servicio público, la concesión de su gestión lleva consigo la del uso privativo del demanio radioeléctrico, y no al contrario”. En la Sentencia 168/1993, de 27 de mayo, se dice que “aquellos aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven —las ondas radioeléctricas o electromagnéticas— quedan dentro de la materia radiocomunicación y, por tanto, de la competencia estatal ex art. 141.1.21 CE para ordenar el dominio público radioeléctrico”. De igual manera, la STC 127/1994, de 5 de mayo, habla de “no interferir otros usos del dominio público radioeléctrico”, de “la ordenación de aspectos muy técnicos del dominio público radioeléctrico” o de las “limitaciones propias del dominio público radioeléctrico”.

No es hora de valorar el peso que el concepto de dominio público puede razonablemente tener en la configuración jurídica de la televisión⁵⁴. Importa sólo precisar que el Tribunal Constitucional considera la existencia de un dominio público radioeléctrico, concepto que irrumpe en la palestra normativa —y quién sabe si por eso el Tribunal Constitucional lo menciona expresamente en las Sentencias dictadas a partir de 1990— merced a la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, a la reglamentación que la desarrolla, a la Ley reguladora de las Telecomunicaciones por Satélite de 1995 y a la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que sustituye a la primera⁵⁵. Cuestión bien distinta es que, al igual que ha sucedido en Francia, la

53. Vid. F. GONZÁLEZ NAVARRO: *Televisión pública y televisión privada*, Madrid, Civitas, 1982, 298 y 299; E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Estudios sobre autonomías territoriales*, Madrid, Civitas, 1985, 232, por nota, donde afirma que lo que el Tribunal Constitucional quiere indicar es que el espacio aéreo “se trata de un bien afecto a todos y necesitado de una regulación pública para hacer compatible ese uso común de modo que unos no excluyan a otros”.

54. Cfr. J. ESTEVE PARDO: “Viejos títulos para tiempos nuevos: demanio y servicio público en la televisión por cable”, *REDA* 74, 1992, 257 ss.

55. El dominio público se predica, como el legislador de 1987 y 1998 se preocupa por precisar, del espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas, no de éstas mismas, lo que parece contradecir la tesis de C. CHINCHILLA, que ha defendido la dominialidad de las ondas hertzianas; vid. *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Madrid, Tecnos, 1988, 118 ss.

opción del legislador pueda ser objeto de valoraciones contrapuestas; de hecho, Fernando Pablo ha escrito unas sugestivas páginas en contra de la misma, no habiendo razones para suponer que la polémica, al menos doctrinal, haya de quedar cercenada⁵⁶.

En cualquier caso, dígase lo que se diga acerca del dominio público radioeléctrico, el aire es objeto de usos múltiples (no sólo de los propios de los servicios de telecomunicación, por mucho que en razón de modas, intereses o signos de los tiempos los citados tengan notoria importancia), de potestades administrativas de vigilancia, control e intervención (algunas ancladas en compromisos internacionales) y de una normativa de protección mediambiental (que para un ciudadano medio es, quizá, lo más importante), distando de ser imprescindible que, para asegurar dichos usos y la efectividad de tales potestades y normativa, haya que acudir al concepto de dominio público. La protección y ordenación del espacio aéreo está asegurada a través de otras técnicas, no existiendo razón alguna para forzar los contornos de la dominial, que no me parece la más conveniente para bienes o cosas susceptibles de uso pero no de apropiación⁵⁷. ¿Es que el aire puede ser objeto de prescripción adquisitiva, mandamientos de embargo y compraventa? Y si no lo es, ¿acaso está justificado aplicarle un concepto jurídico que es, justamente, imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad? Por otra parte, si el artículo 132.2 de la Constitución remite a la ley la determinación de qué bienes integran el dominio público estatal, pues no parece que el espacio aéreo pudiera ser de otra titularidad, lo cierto es que la ley sólo se ha pronunciado sobre el dominio público radioeléctrico, no sobre el espacio aéreo en su conjunto⁵⁸. Con independencia de que se repunte acertado o no el reconocimiento de un dominio público radioeléctrico a los efectos de la ordenación de las telecomunicaciones, con independencia, también, de que sea conveniente una disciplina jurídica pública de la radio y de la televisión, cabe traer a colación los argumentos esgrimidos por Lavialle en Francia: no hay dominio público aéreo, falta un pronunciamiento positivo y, en realidad, lo que el Estado ejerce sobre el espacio aéreo es soberanía.

56. Vid. M. FERNANDO PABLO: "Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad", *RAP* 143, 1997, 107 ss.

57. En este sentido, LÓPEZ RAMÓN: *Dominio público*, cit., 596.

58. A la vista de la STC 12/1982, GONZÁLEZ NAVARRO (*op. y loc. cit.*) insistió justamente en este extremo cuando ni siquiera el dominio público radioeléctrico estaba declarado como tal por el legislador.

IV.— EL HETEROGÉNEO RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES Y RECURSOS DEL DOMINIO PÚBLICO NATURAL

Es sobradamente conocido que, a salvo de una serie de reglas comunes (los principios en los que el régimen jurídico del dominio público se ha de inspirar de conformidad con el artículo 132.1 de la Constitución), la ordenación jurídica de los bienes de dominio público se caracteriza por la heterogeneidad. Se suele hablar a este propósito de la famosa escala de la dominialidad, olvidando quizá que con la formulación de la teoría Duguit aspiraba a eliminar la distinción entre el dominio público y el patrimonio privado de la Administración⁵⁹; pero lo cierto es que, al margen de cuál fuera el ánimo que impulsó su elaboración originaria, la aceptación de las consecuencias prácticas de la teoría está muy extendida, habiéndose referido a ella la STS de 19 de julio de 1989 (Arz. 6025) en términos muy expresivos de lo que se quiere decir cuando a ella se apela.

Dicha heterogeneidad alcanza también al régimen jurídico de los bienes que integran el dominio público natural. Todos ellos tienen en común que su condición dominial se predica en virtud de una norma general (una ley, aunque en el caso de los montes de utilidad pública de una disposición reglamentaria en los términos ya explicados), también que en su ordenación jurídica los valores medioambientales ocupan una posición muy relevante; pero, a partir de ahí, menudean las diferencias. Algunas en aspectos muy importantes. Quizá desde la pétrea coherencia que pretenden algunas construcciones dogmáticas, pueda atisbarse aquí un elemento de perturbación; particularmente, opino que no hay motivo de alarma ni desconcierto. Creo que las normas jurídicas deben tratar, antes que otra cosa, de ordenar relaciones y de solventar problemas, y las relaciones y los problemas no son los mismos en todos y cada uno de los bienes y recursos del dominio público natural. Es comprensible, por ello, que el legislador disponga de un cierto margen de maniobra, y por completo lógico que lo utilice razonablemente, sin que de ahí derive cataclismo alguno que conmueva los cimientos del dominio público natural. Es más, quizá el intento de aplicar a todos los bienes y recursos que de él forman parte una plantilla jurídica rígida tuviera resultados contraproducentes. Pero abandonemos el plano de la abstracción y descendamos al más concreto de las ordenaciones jurídicas. Un par de ejemplos bastan para dejar puesto de manifiesto el heterogéneo régimen jurídico de los bienes y recursos del dominio público natural.

59. Cfr. L. DUGUIT. *Traité de Droit constitutionnel*, París, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., vol. III, 1930, 348 ss. La misma idea anima el importante trabajo de J.M. AUBY: "Contribution a l'étude du domaine privé de l'Administration publique", *EDGE* 1 958, 35ss.

Así, si son las condiciones naturales las que se encuentran en el origen de la decisión acerca de la pertenencia al dominio público, si la configuración física cambia y los caracteres naturales del bien o recurso dejan de existir, no carece de lógica la salida del bien del dominio público⁶⁰. En esta línea, el artículo 8 de la Ley de Aguas remite a la regulación civil las situaciones jurídicas derivadas de las modificaciones naturales de los cauces, por lo que admite el juego de las llamadas accesiones fluviales⁶¹. En cambio, la Ley de Costas sigue una orientación diferente: los terrenos deslindados como dominio público, dice el artículo 4.5, que por cualquier causa hayan perdido sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre, siguen perteneciendo al dominio público aunque pueden ser desafectados conforme a lo que dispone el artículo 18. El cambio de perspectiva, por relación a los criterios tradicionales, es notorio⁶²; y lo mismo cabe afirmar respecto de los terrenos ganados al mar y los desecados en su ribera: siguen siendo de dominio público, quebrándose así la línea seguida en nuestro país sobre el particular, que ha afectado de forma importante a las marismas, como la Exposición de Motivos de la propia Ley de Costas no deja de hacer notar⁶³.

La disparidad se aprecia también en el régimen de los deslindes. Cualquiera que sea la configuración doctrinal que se haya podido hacer del deslinde⁶⁴, sólo el artículo 13 de la Ley de Costas atribuye al acto administrativo que pone fin al procedimiento de deslinde el efecto de declarar la posesión y la ti-

60. Por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 1974 (2.ª ed.), 117 ss.

61. Cfr. L. DIEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, Madrid, Civitas, 1995 (4.ª ed.), 273 ss. Por cierto que la STS de 3 de marzo de 1994 (Sala 3.ª, Arz. 2416) se enfrenta al supuesto de un pretendido cauce abandonado por variar naturalmente el curso de las aguas (artículo 370 CC) y afirma que el precepto no es aplicable al caso, dado que "no es que el curso de las aguas hayan variado, sino que desde época reciente (los ciclos hidrológicos son amplos) y de forma quizá no irreversible, no existe agua"; precisando acto seguido que "la aplicación del artículo 370 del Código Civil exigiría una declaración judicial de la Jurisdicción Civil que decidiera si se han dado o no los supuestos de hecho necesarios para su aplicación".

62. El régimen de la Ley de Costas es muy diferente al que en 1972 analizó E. RIVERO en su citado estudio sobre las afectaciones y desafectaciones naturales; valga la remisión a CALERO RODRÍGUEZ: *op. cit.*, 446 ss.

63. La situación anterior a la Ley de 1978 queda bien reflejada en L. MORELL OCAÑA: "La concesión de marismas y el artículo 126 de la Ley de Patrimonio del Estado", *RAP* 68, 1972, 137 ss.; F. LÓPEZ RAMÓN: "Consideraciones sobre el régimen jurídico de las marismas", en el número 96 de la misma *Revista*, 1981, 33 ss. La clara inclusión, hoy, de las marismas en la zona marítimo-terrestre [artículo 3.1, a) de la Ley de Costas] despeja cualquier duda acerca de su naturaleza jurídica, por lo que el debate mantenido por los autores citados sobre el particular no puede ya producirse; dicho sea sin perjuicio de que la tesis preconizada por LÓPEZ RAMÓN (dominio público, como regla, de las marismas no desecadas) resultara más convincente.

64. Me refiero a los argumentos ampliamente expuestos por V. MENDOZA OLIVÁN en *El deslinde de los bienes de la Administración*, Madrid, Tecnos, 1968, 117 ss.

tularidad dominical en favor del Estado, la prevalencia sobre el Registro de la Propiedad y la condición de título suficiente para rectificar las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde, si bien el precepto no ha llegado a producir la auspiciada unidad jurisdiccional en favor del orden contencioso-administrativo para el control de todo lo concerniente a los deslindes⁶⁵. El régimen de la Ley de Costas, cuya constitucionalidad ha sido declarada por la STC 149/1991, no carece, a mi juicio, de alguna justificación y así lo he expuesto en otro lugar⁶⁶; ahora importa destacar que revela cómo el legislador, siempre por supuesto que respete los límites que derivan de la Constitución, puede modular de forma importante un aspecto capital de régimen jurídico del dominio público natural sin estar vinculado por tradiciones o experiencias por muy arraigadas que estén⁶⁷.

No parece necesario seguir insistiendo en que la categoría jurídica del dominio público natural no arrastra una identidad de régimen para todos los bienes y recursos que en ella se incluyen. Podría traerse también a colación la circunstancia de que no sobre todos los bienes del dominio público natural pueden constituirse reservas dominiales, que la acción pública se reconoce sólo en relación con las aguas y el dominio marítimo-terrestre, no respecto de los demás. Más problemático es, en cambio, apelar a la prescripción trentenal de los montes de utilidad pública. Si se acepta la interpretación esbozada páginas atrás, su condición dominial es refractaria a la usucapión y, de hecho, alguna normativa autonómica la circunscribe a los montes públicos patrimo-

65. Cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: "Unidad de jurisdicción para la Administración pública", *RAP* 49, 1966, 177-180; MENDOZA OLIVÁN: *op. cit.*, 179-180; GUAITA: *Derecho administrativo*, cit., 243 y 244. Ya a la vista de la Ley de Costas, S. GONZÁLEZ-VARAS: *El deslinde de las costas*, Madrid, Marcial Pons, 1995, 61 ss., obra cuyo "Prólogo" incorpora la opinión discrepante de R. PARADA sobre el particular; HORGUÉ BAENA: *op. cit.*, 406 ss.

66. J. BARCELONA LLOP: *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995, 199 ss. Vid., con lógica y mayor amplitud, las monografías citadas de GONZÁLEZ-VARAS y HORGUÉ BAENA, muy especialmente ésta última.

67. Más discutible es extender un régimen como el del artículo 13 de la Ley de Costas a otros bienes que, por muy importantes que sean, carecen de la relevancia constitucional del dominio público marítimo-terrestre. Pienso en las vías pecuarias, cuya Ley reguladora (Ley 3/1995, de 23 de marzo), tras declararlas del dominio público de las Comunidades Autónomas, extiende al deslinde de las mismas los criterios establecidos para el dominio público marítimo-terrestre; posiblemente, lo que está justificado para las playas y las costas no lo esté tanto respecto de otros bienes. A mayor abundamiento, en la declaración de constitucionalidad del artículo 13 de la Ley de Costas pesó bastante que los afectados por el deslinde quedaban en alguna de las situaciones previstas en las Disposiciones Transitorias de la norma por lo que, en definitiva, la pérdida de las propiedades es objeto de compensación. En cambio, nada se dice sobre el particular en la Ley de Vías Pecuarias por lo que o se entiende que, en virtud del artículo 33.3 de la Constitución procede indemnizar a los propietarios que pierden sus derechos dominicales a consecuencia del deslinde o la norma es, en este punto, abiertamente inconstitucional.

niales, no a los demás. El artículo 64.3 del propio Reglamento de la Ley de Montes afirma la imprescriptibilidad de los de dominio público, por lo que la conclusión parece que debiera estar clara. Al menos, si se asume el postulado del que aquí se parte.

V.— APUNTE FINAL: LAS PROPIEDADES PRIVADAS Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JUNIO DE 1996

No quiero concluir estas páginas sin volver por un momento a la cuestión de las propiedades privadas. Frente a la concepción del dominio público necesario, recalco que estimo inconcuso que la Ley pueda dar al problema una solución u otra, sin más límites que los constitucionales.

Las muy apreciables diferencias que existen entre las Leyes de Aguas y de Costas en este punto, son bien elocuentes. Por no hablar, dado que su contexto es otro, de la Ley de Montes. Pero lo que también me parece incuestionable es que si el legislador decide extirpar las propiedades privadas y tal decisión no es objeto de censura jurídica por parte del Tribunal Constitucional, hay que extraer de ella las consecuencias oportunas. En la actualidad, están ya superadas las incertidumbres habidas en su día acerca del impacto que sobre los enclaves privados había de tener el artículo 132.2 de la Constitución⁶⁸; la Ley de Costas de 1988 las ha despejado por completo, contando, además, con el respaldo ulterior de la STC 149/1991. La solución que a la cuestión de los enclaves privados ha dado la Ley gustará o no, pero ahí está y ningún operador jurídico puede actuar como si no existiera, ni como si no existiera tampoco la Sentencia 149/1991. Ni, por supuesto, haciéndose eco de una y otra pero distorsionando su contenido.

Preciso lo anterior porque la STS de 10 de junio de 1996, de la Sala la (Arz. 4752), incorpora una argumentación que, a mi entender, puede tildarse, como poco, de sorprendente. Dice así su Fundamento de Derecho Tercero:

“La Ley de Costas de 1988 no resuelve la problemática de la privaticidad dominical, válidamente adquirida y subsistente a su entrada en vigor sobre los terrenos objeto de la controversia (enclaves privados). De esta manera, el legislador desaprovechó la ocasión que se le presentaba para dar solución de una vez a estas cuestiones. No lo hizo y seguramente para no incurrir en actividades que podían presentarse como confiscatorias. La referida normativa establece una si-

68. Baste la remisión a dos trabajos importantes. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: “¿Propiedad privada de playas y zona marítimo-terrestre?”, *REDA* 34, 1982, 517 ss. (y en su libro, consiguiendo que constara la fecha de cierre, *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid, IEAL, 1983, 503 ss.); F. SAINZ MORENO: “Dominio público estatal de las playas y zona marítimo-terrestre”, *RAP* 99, 1982, 201 ss.

tuación bien diferenciada, en cuanto se refiere a los espacios de la zona marítimo-terrestre que hubieran sido declarados de propiedad particular por sentencia firme anterior a la entrada en vigor de dicha Ley.

La discriminación se patentiza si no hay sentencia, en cuanto se atiende sólo a la situación de los propietarios que litigaron con actitud visionaria del futuro o a los que las circunstancias les impusieron demandar por haber recibido agresiones su propiedad a cargo del Estado y que supone la concurrencia de situación conflictiva de intereses. Cuando esto no sucede, como es el caso presente, la problemática subsiste respecto a la eficacia actualizada de las situaciones de propiedad consolidada, que conforman derechos válidamente adquiridos.

Ha de acudirse a la doctrina jurisprudencial que se deja expuesta y a la constitucional de la Sentencia también estudiada de 4 de julio de 1991. En tal sentido y orientación, los derechos de los particulares, han de mantenerse y reconocerse, pues los referidos terrenos, según dice la Disposición Transitoria referida [la Primera], en su apartado dos, que practicado deslinde anterior a la vigencia de la Ley de Costas y no hayan podido ser ocupados por la Administración, por estar amparados por el artículo 6.3 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, si bien quedan sujetos a dicha Ley, y sin perjuicio ‘todo ello’ de las acciones civiles que los titulares inscritos puedan ejercitar en defensa de sus derechos.

La sentencia constitucional a que nos venimos refiriendo precisamente no declaró la inconstitucionalidad de dicha Disposición Transitoria Primera, ya que preserva los derechos de los particulares, al autorizarles expresamente a defenderlos mediante el ejercicio de las acciones que les asistan ante los Tribunales del Orden Jurisdiccional Civil, con lo que también viene a admitir la subsistencia de los derechos legalmente adquiridos, como realidad jurídica preexistente”.

Me permito coincidir con el profesor García de Enterría en que la STS de 10 de junio de 1996 puede ser ejemplo de una interpretación no rigorista de la Ley de Costas que trata de llevar a sus últimas consecuencias lo dicho por la STC 149/1991, esto es, que con independencia de la constitucionalidad abstracta del régimen transitorio de la Ley, nada impide que los afectados puedan impugnar jurisdiccionalmente el acto administrativo de conversión de su título dominical en título concesional, al objeto de deducir las pretensiones que estimen pertinentes⁶⁹. Pero no me parece exacto, a diferencia de lo que entiende el Tribunal Supremo, que la Ley de Costas no haya resuelto “la problemática de la privaticidad dominical válidamente adquirida y subsistente a su entrada en vigor”; tampoco que subsista problemática alguna respecto de las situaciones no amparadas por Sentencia judicial firme; menos que los derechos de los particulares hayan de ampararse y reconocerse; y menos todavía que la Sentencia constitucional 149/1991 preserve los derechos de los particulares y admita “la subsistencia de los derechos legalmente adquiridos, como realidad jurídica preexistente”.

69. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas”, *RAP* 141, 1996, 151-152.

La Ley de Costas zanja cualquier polémica sobre la cuestión de los enclaves dado que, pura y simplemente, los hace desaparecer merced a una operación que, dice la STC 149/1991, "es, cuando menos, la forma más simple y directa de poner en práctica una decisión ya adoptada por la Constitución misma, de manera que si de expropiación ha de hablarse es aquella la que establece la *causa expropriandi*". Así las cosas, la clave del problema se desplaza hacia el aspecto indemnizatorio, que respecto de las propiedades no amparadas por Sentencia judicial firme está resuelto en la Disposición Transitoria Primera, 2, de la Ley. Es cierto que la norma dice que la conversión de tales propiedades en títulos concesionales se hace sin perjuicio de las acciones civiles que los interesados puedan ejercitar en defensa de sus derechos; pero no lo es menos que la STC 149/1991 ha precisado al respecto, en el FJ 8, B), c), que

"Es evidente, en efecto, que de acuerdo con esa salvedad, los titulares registrales, como aquellos titulares de derechos en zonas hasta ahora no deslindadas, cuando el deslinde se egectúe, podrán ejercitar las acciones dirigidas a obtener la declaración de su propiedad y que si la sentencia así lo hiciese, les sería de aplicación lo dispuesto en el apartado primero de esta misma Disposición transitoria".

Es decir, un eventual reconocimiento judicial de los derechos de propiedad no acarrearía el mantenimiento de los mismos, puesto que ello supondría negar toda eficacia a la Ley de Costas en este punto, sino la aplicación a los interesados del régimen compensatorio establecido en el apartado primero de la Disposición Transitoria Primera de la Ley, que es cosa completamente distinta. No parece entenderlo así el Tribunal Supremo quien, a mi modo de ver, utiliza a su antojo en la Sentencia de 10 de junio de 1996 tanto a la Ley de Costas como a la STC 149/1991 para llegar a una conclusión ni querida por la primera ni cubierta por la segunda. Y no digo ésto amparándome en concepción absolutista alguna del dominio público natural, sino, más modestamente, en una Ley cuya constitucionalidad ha sido expresamente declarada en este punto y en la propia Sentencia que contiene esa declaración⁷⁰.

70. Concluido el presente trabajo, conozco el comentario de C. HORGUÉ BAENA: "¿Resurgimiento de enclaves privados en las costas? La posibilidad de pervivencia de los enclaves privados tras la Ley 22/88, de 28 de julio, de costas. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1996)", *Administración de Andalucía*, 31, 1997, 119 ss., con cuyas apreciaciones coincido sustancialmente. Hace muy bien la autora en destacar que la Sentencia recurrida había reconocido la propiedad privada "sin perjuicio de la transformación en concesión y demás efectos prevenidos en la Ley de Costas", precisión capital que el TS elimina del fallo a consecuencia de la imputación de un vicio de incongruencia aducida por el Abogado del Estado. A mi juicio, tal circunstancia no desvía un ápice la poco afortunada línea argumental de la STS de 10 de junio de 1996; pidan lo que pidan las partes procesales, el artículo 5 LOPJ dice lo que dice, y la STC 149/1991 también; convengo con HORGUÉ: "el reconocimiento del enclave preexistente únicamente puede tener la eficacia de servir de presupuesto suficiente para su conversión en concesión de los aprovechamientos y usos preexistentes. No es posible, a la luz del Derecho vigente, una reviviscencia de los enclaves privados en las costas con vocación de permanencia".

LOS TÍTULOS DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA SOBRE LA PESCA MARÍTIMA*

ANA SÁNCHEZ LAMELAS

SUMARIO: — I. INTRODUCCIÓN — II. EL DOMINIO PÚBLICO COMO TÍTULO DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE LA PESCA MARÍTIMA: 1. El mar en la normativa española. Evolución legislativa, contexto internacional y planteamiento constitucional. A) Evolución legislativa. B) Las aportaciones del Derecho Internacional. C) El mar en la normativa española vigente. El mar como bien de dominio público: alcance y sentido de la demanialización. 2. El recurso pesquero en la normativa española. Evolución normativa, contexto internacional y planteamiento constitucional. A) El recurso pesquero como *res nullius*. B) El contexto internacional. C) La naturaleza jurídica del recurso pesquero en la normativa española actual: el recurso como bien de dominio público: significado y objeto de la demanialización. 3. Recapitulación: inadecuación del título demanial para justificar la intervención pública sobre la actividad pesquera. Otras alternativas como títulos de intervención. — III. EL MEDIO AMBIENTE COMO TÍTULO DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA. 1. El objeto de protección: la fauna marina como elemento integrante del concepto constitucional de medio ambiente. 2. Las finalidades de la protección de la fauna marina. A) La utilización racional de los recursos naturales y la mejora de la calidad de la vida. Especial referencia a los trabajadores del sector. B) La utilización racional de los recursos naturales y la defensa y restauración del medio ambiente. C) La coincidencia de finalidades. 3. El art. 45 de la Constitución como principio rector de la política social y económica. A) El desarrollo normativo y la teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales. B) La práctica judicial. C) La actuación de los poderes públicos y la Política Comunitaria Pesquera. 4. Referencia a la distribución competencial en materia de medio ambiente y de pesca marítima. — IV. INTERVENCIÓN EN LA ECONOMÍA E INTERVENCIÓN EN LA PESCA MARÍTIMA. 1. El art. 130.1 CE: la modernización y desarrollo de la pesca como mandato constitucional a los poderes públicos. 2. El sector económico pesquero como objeto de prioritaria consideración. 3. Las finalidades perseguidas. — V. BREVE RECAPITULACIÓN.

* Este trabajo forma parte la memoria de tesis doctoral que defendí para la colación del grado de Doctor. En su elaboración conté con la dirección del profesor D. Luis Martín Rebollo y su defensa la llevé a cabo el 24 de junio de 1998 ante un tribunal formado por los profesores Doctores Sebastián Martín-Retortillo Baquer, Enrique Gómez-Reino Carnota, Joaquín Tornos Mas, Fernando López Ramón y Germán Fernández Farreres. Fue el profesor Fernando López Ramón quien me sugirió la idea de adaptar esta parte de la memoria para publicarla separadamente como artículo en esta Revista.