

LA PROTECCION DEL DOMINIO PUBLICO EN LA FORMACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL: POTESTAD SANCIONADORA Y RESARCIMIENTO DE DAÑOS (*)

POR

TOMÁS FONT I LLOVET
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: 1. *Primeras referencias a los daños públicos en las fuentes medievales.* 2. *La situación a finales del Antiguo Régimen. La protección de los bienes públicos en el origen de las técnicas administrativas:* 2.1. El régimen especial de los montes públicos. 2.2. Conservación y reparación de caminos y puentes. 2.3. Jurisdicción de los Jurados de riego sobre los daños a las acequias. 3. *Recapitulación. Jueces privativos y dominio público a las puertas del sistema administrativo.*—II. LA FORMACIÓN DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO Y LA CONSERVACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS. PLANTEAMIENTO GENERAL: 1. *Cuestiones introductorias.* 2. *El problema de los títulos habilitantes.*—III. LA SITUACIÓN ORIGINARIA EN LA ETAPA ANTERIOR A 1845: 1. *El modelo francés de protección demanial: el régimen de las «contraventions de grande voirie».* 2. *Un intento de introducir en España el sistema francés: el proyecto Silvela.* 3. *El tratamiento de los daños públicos en la primera legislación administrativa española:* 3.1. La legislación forestal y los daños a los montes públicos. 3.2. Los poderes administrativos de conservación en otros sectores demaniales. 3.3. Sanción y reparación de los daños públicos.—IV. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS EN LA LEGISLACIÓN DE 1845 Y EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX: 1. *Las competencias administrativas de protección demanial y su articulación con el sistema contencioso-administrativo.* 2. *El desarrollo de la intervención administrativa en la protección material del dominio público:* 2.1. Funciones de policía y conservación del dominio público. Los problemas de su articulación práctica y dogmática. 2.2. Los daños al dominio público en la segunda mitad del siglo XIX.—V. RECAPITULACIÓN. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS DAÑOS AL DOMINIO PÚBLICO.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Se hace difícil, desde una perspectiva histórica, delimitar con precisión el objeto material que abarcaría en el pasado el concepto actual de dominio público. Como bien se sabe, la categoría jurídica del dominio público es de construcción relativamente reciente, formada progresivamente, primero en Francia y luego en España, a

(*) Homenaje al Profesor GARRIDO FALLA. El presente trabajo constituye un capítulo de una obra más extensa, lo que explica el sentido de algunas remisiones que se hacen a otras partes del estudio.

lo largo del siglo XIX —lo que no obsta, dicho sea de paso, para considerarla como una de las más consolidadas del Derecho administrativo contemporáneo—, que en gran parte se nutre de conceptos fijados con posterioridad. Pero, como sucede con la mayor parte de las instituciones jurídicas, su actual configuración no es más que el producto de un vasto proceso de acarreo histórico que ha ido incorporando a un núcleo, o segregando de él, distintos elementos que, considerados luego en su conjunto, han venido a articular un régimen jurídico característico (1).

A los fines de este estudio no interesa por el momento demorarse en la cuestión estrictamente conceptual, ni siquiera en lo que a su formación histórica se refiere, aunque, naturalmente, a ella habrá que aludir por fuerza si pretendemos profundizar en el estudio de *las técnicas de protección de los bienes públicos frente a los daños que éstos soportan*. Este es el punto que centra nuestra atención y sobre el cual va a resultar muy útil proyectar un primer análisis de carácter histórico que nos consienta conocer el estado de la cuestión en el momento en que se van a forjar los conceptos y las técnicas propias del Derecho administrativo contemporáneo.

1. *Primeras referencias a los daños públicos en las fuentes medievales*

Las conocidas disposiciones de las Partidas y de los Usatges que se refieren a lo que genéricamente denominamos hoy bienes públicos —con independencia, ahora, de las diversas calificaciones de que son susceptibles: bienes comunes, bienes públicos, bienes de aprovechamiento común, etc.— se limitan a referirse a la titularidad —y, en su caso, intransferibilidad—, uso y aprovechamiento de tales bienes, pero son escasamente expresivas respecto al régimen de protección material y de conservación o reparación de los mismos (2). Ello no debe hacer pensar que los poderes públicos no

(1) Lo confuso de este proceso se debe, como es sabido, a las sucesivas roturas de la ordenación lógico-categorial de la institución dominical. Vid., al respecto, J. LALINDE, «El dominio público como paralogismo histórico en España», en *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974, págs. 451-482.

(2) Vid., especialmente, Tercera Partida, Tit. XXVIII, Leyes 3 a 8, y el Usatge *Stratae*, en el Vol. I, Libro IV, Tit. III, de las *Constitucions de Catalunya* (ed. 1704). En el Fuero Viejo de Castilla y en el Fuero Real se encuentran algunas disposiciones que castigan con multas a quienes cerraren y usurparen los caminos públicos, señalando, además, la obligación de reparar y deshacer a su costa los daños causados.

tuvieran presente esta problemática, sino que sencillamente no es en estas fuentes donde hay que buscar las regulaciones que nos interesan. La doctrina administrativista actual, con raras excepciones, acostumbra a limitarse a la cita de las Partidas, cuando aborda cuestiones relativas a los antecedentes medievales del dominio público, olvidando que los Fueros y las Ordenanzas locales eran de aplicación preferente a aquéllas, y que es precisamente en estos textos locales donde se halla una interesante normativa destinada a reglamentar la conservación de los bienes públicos y los instrumentos jurídicos arbitrados para reprimir y reparar los daños causados a los mismos.

No corresponde a este lugar, ni me siento capacitado para ello, realizar una exhaustiva investigación histórica sobre dichas fuentes locales. Pero existen ya estudios bien significativos de los historiadores del Derecho que nos aportan datos de interés. Así, desde una perspectiva de teoría general, se han señalado muy diversos factores que contribuyeron, en la génesis de las instituciones municipales, a la configuración de una personalidad jurídico-pública en la comunidad vecinal. Junto a los notorios vínculos de carácter agrario para la explotación agrícola, forestal o ganadera (3), ha sido observado cómo en algunas ocasiones el germen de la entidad vecinal obedecía, precisamente, a su intervención en la construcción, conservación y reparación de determinados bienes y obras públicas como puentes, murallas, acequias, etc., organizándose para ello comisiones y juntas ciudadanas que se ocupaban de obtener los recursos económicos necesarios para tales obligaciones y gestionaban y cuidaban de la conservación de los bienes (4).

La responsabilidad comunal en el mantenimiento y conservación de los bienes públicos o comunes llevaría a incluir primeramente en los Fueros y en las Ordenanzas municipales, y no en las fuentes más generales, la regulación relativa a la protección de su integridad material. Un interesante estudio sobre los bienes locales en los fueros castellano-leoneses (5) ha puesto de relieve la existencia

(3) Vid. los clásicos estudios de HINOJOSA, *Origen del régimen municipal en León y Castilla*, Madrid, 1903, y de BENEYTO, *Estudios sobre la historia del régimen agrario*, Barcelona, 1941. Entre los administrativistas, la obra de NIETO, *Bienes comunales*, cit., y el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las formas comunitarias de la propiedad forestal y su posible proyección futura*, «Anuario de Derecho Civil», 1976, págs. 280 y ss., y, también, en «Ediciones de Librería Estudio», Santander, 1986.

(4) J. M. FONT RIUS, *Orígenes del régimen municipal de Catalunya*, «Anuario de Historia del Derecho Español», vols. XVI (1945) y XVII (1946), recogido ahora en *Estudis sobre els drets i institucions locals en la Catalunya medieval*, Universitat de Barcelona, 1985, por donde cito, especialmente págs. 380 y ss. y 454 y ss.

(5) J. MARTÍNEZ GIJÓN, A. GARCÍA ULECIA y B. CLAVERO SALVADOR, «Bienes urbanos

de una detallada normativa sobre la utilización de los bienes de uso general, normativa que insiste, entre otros aspectos, en la protección de la integridad material de tales bienes frente a las actividades lesivas para la misma. En algunos casos no es únicamente la misma integridad material el objeto de protección, sino que caen también dentro de su ámbito valores tales como la seguridad, la comodidad o la salubridad de los usuarios de los bienes públicos.

Entre los instrumentos jurídicos arbitrados a tal fin, destaca, desde luego, la imposición de multas a los causantes de los daños, multas que en ocasiones van acompañadas de la obligación de reponer las cosas a su estado anterior, esto es, de reparar los daños a costa del causante. Así, el Fuero de Coria, entre otros, establece que «qui cavar tierra o arena so el castillo peche un maravedí e refagalo a su costa» (6). Más en general, se observa la tendencia a disponer que el importe de las multas, caloñas y otras penas que se imponen por todo tipo de delitos y contravenciones sea destinado precisamente a la construcción, mantenimiento y reparación de determinados bienes públicos, en lugar de aplicarse a esta finalidad ingresos de procedencia fiscal, como sucedía en otros supuestos.

La obligación de reparar los daños, con independencia de satisfacer la correspondiente multa, aparece también en algunas ordenanzas locales de Cataluña. Como ejemplo de ello, pueden citarse las ordenaciones locales de la Galera (municipio de Tortosa, año 1344) (7), que prohíben el arrastre de muelas de piedra por el puente de la localidad, disponiendo que «qui contra farà, sapia que pagará per pena de cada vegada que contra farà, X sólidos. *E no per ço manys aurá esmenar lo don que en lo dit pont aurá*» (8). En fin, en relación con las aguas públicas puede recordarse la disposición contenida en los Fueros de Aragón, Libro VI, LIII: «Quicumque aquam rigantem de die furatus fuerit solvat damno aquae quinque solidos, et de nocte, sexaginta solidos.»

Sirvan los anteriores ejemplos al menos como indicio del sen-

de aprovechamiento comunal en los derechos locales de Castilla y León», en *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*, cit., págs. 197-252.

(6) MARTÍNEZ GUJÓN, *ob. cit.*, pág. 210; otros ejemplos, en págs. 224 y 225. Por otra parte, en el Ordenamiento Alcalá, Tít. XXXII, Ley 49, se dispone que «el que cierra o embarga los caminos, o las carreras, o las calles... que peche cien maravedís para nuestra Cámara, y desfaga las cerraduras o embargo que fizo a su costa» (Novísima Recopilación, Lib. VII, Tít. XXXV, Ley 6).

(7) Publicadas por F. CARRERAS CANDI, *Ordinacions urbanas de bon govern a Catalunya*, «Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona», vol. XII (1925).

(8) *Ibid.*, pág. 48. «Del pont de la Galea».

tido que en los ordenamientos medievales asumió la preocupación por la preservación de la integridad de los bienes públicos. De ello podemos retener como dato significativo, aunque muy genérico, la conexión que se produce, con formulaciones diversas, entre la reacción pública de tipo represivo y la obligación reparadora o resarcitoria. Esta relación entre ambas figuras la vamos a encontrar profusamente en el Derecho posterior hasta llegar al ordenamiento actual.

2. *La situación a finales del Antiguo Régimen.*

La protección de los bienes públicos en el origen de las técnicas administrativas

La progresiva implantación en España del sistema de Derecho administrativo, o régimen administrativo, a lo largo del siglo XIX recoge, por una parte, las influencias del modelo francés surgido de la Revolución, pero, por otro lado, no puede ignorarse que en las últimas fases del Antiguo Régimen se habían desarrollado en nuestro país algunas técnicas que cabe calificar de germen o embrión de las que más tarde habrían de configurar las características del sistema administrativo. La creación de nuevas autoridades monocráticas —los jueces privativos— cuya actuación no era sometida a la justicia ordinaria, la exclusión de las formas judiciales en sus procedimientos, la eficacia inmediata de sus decisiones, etc., constituyen, según se admite comúnmente, algunos de los precedentes próximos del régimen peculiar de la Administración de nuestros días (9).

Es también en esta etapa avanzada del Antiguo Régimen cuando empiezan a tomar cuerpo una serie de normaciones sectoriales relativas al régimen de los distintos bienes públicos. En ellas, como enseguida señalaré, se manifiesta ya abiertamente la articulación

(9) Véase, al respecto, el conocido trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La formación histórica del principio de autotutela de la Administración», en *Homenaje al Profesor Rubio Sacristán*, «Moneda y Crédito», 128 (1974), págs. 59 y ss., incluido también en *Curso*, con T. R. FERNÁNDEZ, cit., I, págs. 455 y ss. Una interpretación maximalista en torno a estos orígenes del régimen administrativo es la de A. GALLEGO ANABITARTE, *Administración y jueces: gubernativo y contencioso*, Ins. Est. Advos., Madrid, 1971. También es de interés, en relación a estas cuestiones, la obra de G. VILLAPALOS, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media*, IEA, Madrid, 1976. Más en general, vid. A. NIETO, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1986, en su cap. II, págs. 67 y ss., y especialmente págs. 91 y ss.

de un conjunto de medidas encaminadas a la protección de dichos bienes y a la represión y reparación de los daños que sufriesen. Un somero repaso de las fuentes, sin necesidad de una investigación más profunda —que, por otra parte, sería deseable—, es suficiente para conocer sintomáticamente el estado de la cuestión en algunos sectores significativos.

Resulta verdaderamente ilustrativo, además, comprobar que precisamente en estas regulaciones es donde aparecen con toda nitidez algunas de las figuras a que hace un momento he aludido como origen de las notas propias del régimen administrativo. En base a ello, bien pudiera avanzarse, a título de mera hipótesis, que el dominio público, y en concreto su protección y conservación, aparece como un núcleo material destacado —junto al de la Hacienda Pública— en torno al cual girará posteriormente el nacimiento y desarrollo del sistema administrativo decimonónico. Tal vez sea ésta una simple manera de decir con otras palabras que la protección del dominio público se configurará con el tiempo en uno de los más característicos «títulos de intervención» —como dice VILLAR PALASÍ— que expliquen la presencia y las potestades de la Administración pública.

2.1. *El régimen especial de los montes públicos.*

La historia de nuestra legislación forestal hasta el siglo pasado no ha brillado precisamente por ser reflejo de una política de protección y conservación de los montes. El fomento de la ganadería con los privilegios de la Mesta, primero, las necesidades de la Marina, más tarde, son las conocidas causas económicas que propiciaron una masiva destrucción de los bosques, tanto públicos como privados, en la época de los Austrias y de los Borbones. A pesar de ello, no dejaron de producirse, en diversos momentos, varias disposiciones dirigidas a ordenar los aprovechamientos de los montes y a su repoblación, y en las cuales se establecía un notable sistema sancionador para reprimir los aprovechamientos abusivos y las talas, quemas y demás atentados materiales contra los bosques (10).

(10) Véase una escueta referencia histórica en A. GUAITA, *Régimen jurídico-administrativo de los Montes*, Porto y Cia., Santiago de Compostela, 1951, págs. 12 y ss. Más completa es la visión panorámica que ofrece R. GIBERT en la «Introducción» al Catálogo de la Exposición *La acción administrativa en materia de montes y caza*, ENAP, Alcalá de Henares, 1970, especialmente págs. 22 y ss.

Parece fuera de toda duda que dichas disposiciones sancionadoras tuvieron un eco y una aplicación efectiva bien reducidos.

Las famosas Ordenanzas de Fernando VI para el aumento y conservación de montes y plantíos, de 7 de diciembre de 1748, junto con la referente a los montes de la Marina, de 31 de enero del mismo año, son claro testimonio de la escasa efectividad de la legislación anterior (11). La primera de ellas comienza en estos términos bien expresivos:

«Habiendo entendido los graves perjuicios que sufre la causa pública, por la poca observancia que han tenido y tienen las leyes pragmáticas de estos Reynos, que tratan del aumento de plantíos y conservación de montes, *por descuido de las Justicias en no executar las providencias y penas que se hallan establecidas a éste importante fin; (...)* y para evitar los abusos que se experimentan en cortar, arrancar y quemar... *sin duda porque no se castigan condignamente los deliçuentes.*»

Existía, en efecto, el convencimiento de que era preciso confirmar la vigencia del sistema represivo, pero al mismo tiempo había que articular unos instrumentos más eficaces para la aplicación y ejecución del mismo. De todo el conjunto de medidas que se arbitran en la Real Ordenanza de 7 de diciembre de 1748 nos interesa destacar los siguientes extremos.

En primer lugar, junto a la imposición de sanciones pecuniarias a los causantes de daños a los bosques, se señalan diversas técnicas de signo reparador tendentes a recuperar la integridad de los bienes dañados. Así, se ordena proceder contra los usurpadores de montes y tierras baldías

«baxo pena de proceder a *reponerlas a su antiguo ser y estado...* y de diez ducados por cada fanega, aplicados la tercera parte íntegra al celador, guarda o persona que denunciase, y que de las otras dos se hagan tres, una a la Cámara de S. M., otra al Juez que la declarase, y otra *para los gastos de dichos plantíos o sembrados, además de pagar el daño*» (art. 20).

(11) En la Novísima Recopilación, Lib. VII, Tít. XXIV, Leyes 14 y 22.

Igualmente, se prohíben las rozas y quemas en tierras inmediatas a los montes «sin facultad Real... baxo la pena de diez ducados por cada fanega, con la aplicación expresada en el artículo 20 de esta ordenanza, *además de pagar el daño*» (art. 22). En sentido parecido, para evitar los incendios que se producen a consecuencia de las quemas de árboles para obtener leña o carbón, «se manda que todos los corregidores y demás jueces ordinarios del Reyno celen y procuren con el mayor cuidado evitar y castigar estas quemas, procediendo por prisión y embargo de bienes contra los culpados en ellas *a la reparación del daño que causasen*, con la pena de mil maravedís por cada pie de árbol» (art. 23).

La desconfianza hacia las justicias y demás autoridades encargadas de la vigilancia y protección de los montes por su probado desinterés en tales funciones llevaría a incluir en la ordenanza disposiciones del siguiente tenor:

«Siempre que se justifique a alguno de los celadores, guardas del campo y montes, o Alcaldes de la Hermandad, fraude, tolerancia o cohecho en cortas, talas o quemas de los montes y plantíos, se procederá contra sus personas y bienes, *e impondrá por ello la pena de pagar los daños, y quatro años de presidio de Africa irremisible*» (art. 29).

La severidad de esta disposición no desmerece la que traigo a continuación, que resulta harto explícita:

«A los Jueces que no diesen cuenta puntualmente a los Corregidores de las cabezas de partido de aquellas causas graves que tocan al conocimiento de éstos, se les tendrá por reos principales del delito, y se procederá contra ellos a la ejecución de las penas, *y satisfacción de los daños* que por tales cortas, talas o incendios se hubieren ocasionado, sin que se admita excusa alguna; *siendo por lo regular su culpable omisión causa de que no se castiguen los verdaderos delinqüentes*» (art. 33).

En las disposiciones transcritas aparece con claridad, pues, la dualidad de sanción y reparación como dos consecuencias conceptualmente diferenciadas que se derivan de los comportamientos le-

sivos para la integridad de los bosques. El principio de la responsabilidad civil por daños, con independencia de la penal, se aplica indistintamente a los daños sobre bienes privados y públicos, ya sean éstos de realengo o comunales. Destaca así la importancia que se otorga en esta legislación a la imprescindible restitución o reparación como medios de mantener la vinculación de estos bienes a la «cosa común» o «causa pública del Reyno» interesada en su conservación.

Un segundo aspecto que tiene interés para nuestro estudio es el relativo a la competencia de las autoridades públicas para actuar en esta materia y el procedimiento que en ello se sigue. En la última disposición citada aparece el Corregidor como el órgano ordinario a quien compete el completo conocimiento de las causas graves, de las que los Jueces deben darles cuenta. Pero, como se va a ver inmediatamente, el conjunto de la ordenación no va a respetar los parámetros de la articulación ordinaria de la justicia.

En efecto, el artículo 32 de la Ordenanza que comentamos contiene todos los ingredientes precisos para componer el cuadro de una incipiente reglamentación especial para la materia. Dice así este precepto:

«Las causas que sobre esto se hicieren, no siendo el corte, tala o quema de consideración, y tal que su pena no exceda de veinte ducados, la han de juzgar sumariamente los Justicias de cada pueblo, *sin orden ni figura de juicio contencioso*; pero excediendo de esa cantidad, deberán dar cuenta con justificación al Corregidor de la cabeza del partido, para que proceda formalmente contra los reos *con apelaciones y recursos al Consejo*, sin admitirla para otro Juez ni Tribunal alguno, *por ser como son de su privativa jurisdicción...*»

Se observa, por una parte, el mantenimiento de la competencia de los Jueces ordinarios para los casos de daños de escasa entidad, pero disponiéndose que su actuación será sumaria, «sin orden ni figura de Contencioso». Se excluye, pues, la forma procesal penal ordinaria, y se introduce una de las características que dimanaban de las facultades gubernativas.

En segundo lugar, como se ha dicho, las causas más graves se atribuyen al conocimiento de los Corregidores, los cuales deberán

proceder «formalmente» contra los reos. Sin embargo, esta intervención de los Corregidores se va a distanciar de su función como Justicias ordinarias en esa época. Efectivamente, se admitía como regla general la apelación de sus resoluciones ante las Audiencias y Chancillerías, mientras que en la materia que nos ocupa las apelaciones y recursos lo serán al Consejo, con exclusión de todo otro Juez y Tribunal, «por ser como son de su privativa jurisdicción». Es decir, el propio Corregidor se concibe aquí como «juez privativo» que conoce de una materia que queda luego reservada al Consejo.

Procedimiento gubernativo, de un lado, y jurisdicción especializada de otro, son, pues, características de la intervención pública del momento en la protección de los montes y represión y reparación de los daños causados en ellos. A ello cabe añadir otras singularidades, como puede ser la presunción de veracidad de las denuncias de los guardas y celadores (12), o bien la posterior implantación por Decreto de 19 de septiembre de 1755 de la regla del *solve et repete* para las apelaciones y recursos (13).

El dibujo así esbozado de la ordenación peculiar de las funciones públicas sobre la materia de protección de los montes se completa con el dato de la intervención de un creciente número de autoridades especiales de tipo comisarial. Ello es, desde luego, notorio en relación con los montes de la Marina, sobre los cuales ejercen jurisdicción privativa en amplios aspectos los Intendentes de Marina de los Departamentos de Cádiz, Ferrol y Cartagena y los Ministros de Marina establecidos en los puertos cabeza de partido, así como los Subdelegados de Montes de éstos, a cuyas órdenes se encuentran los Justicias ordinarios en todo lo referente a la conservación de los montes públicos, ya sean de Realengo o comunales, «con total inhibición de otras cualesquiera (jurisdicciones)» (14).

(12) Artículo 27 de la misma Ordenanza: «Que después que los tales celadores hayan aceptado, y jurado usar y cumplir bien y fielmente la obligación de sus oficios, baste su declaración con la aprehensión real para executar las penas que se señalarán a los dañadores; y faltando la tal aprehensión, se tenga por suficiente prueba la declaración del celador, con deposición de un testigo más que la coadyuve, dando razón de ciencia de su dicho.»

(13) «Y que aunque por los denunciados y quejosos se interpongan recursos o apelaciones de las sentencias y determinaciones que diesen (los Corregidores y Justicias, respectivamente), no las admitan, ni remitan al Consejo los autos hechos sobre ello, sin que primero paguen, o depositen en persona lega, llana y abonada las penas y condenaciones que les impusieren, para que de esta forma tengan curso, y no queden sin castigo los delinquentes.» Nótese, por cierto, el uso de la expresión «determinaciones», y no «sentencias», para referirse a las decisiones sumarias, sin forma contenciosa, de los Justicias locales.

(14) Vid., por ejemplo, artículos 1 y 58 de la Ordenanza de Montes de la Marina,

Después de algunos vaivenes durante la segunda mitad del siglo XVIII se acabaría por reconocer totalmente el conocimiento privativo de las Autoridades y de los Tribunales de la Marina en todo lo económico, gubernativo y contencioso de estos montes, «quedando inhihibidos del conocimiento que han tenido hasta aquí los Corregidores, Alcaldes mayores y Justicias ordinarias de los pueblos», según dispuso el Real Decreto de 1 de mayo de 1802 (15), que preveía al mismo tiempo el nombramiento por los Capitanes Generales de los Departamentos de unos Subdelegados, «en todo sujetos y subordinados a sus gefes», a los cuales se habría de confiar «toda la jurisdicción que hasta ahora han exercido en este mismo ramo de montes las referidas justicias ordinarias» (16).

También por lo que respecta a los montes ordinarios tendría lugar esa progresiva intervención de órganos específicos que bien podría suponer el germen de una posterior Administración forestal. En efecto, el mismo día en que se aprobaba la Ordenanza de Montes y plantíos, por Cédula del 7 de diciembre de 1748 (17), el Rey nombró a dos Ministros de su Consejo «para que entiendan en la más puntual observancia y cumplimiento» de lo dispuesto en la Ordenanza, atribuyéndoles amplios poderes de dirección e inspección sobre los Corregidores y Justicias, quienes habrán de cumplir y ejecutar las órdenes de aquéllos y tenerles informados de todo cuanto interese a la conservación de los montes. Estos Ministros o «Jueces de montes», verdaderos altos órganos ejecutivos, con autoridad sobre los jueces privativos en la materia reservada, pronto contaron con el auxilio de agentes o solicitadores de montes, procuradores fiscales especiales, etc., de manera que iría tomando cuerpo un aparato administrativo específico para el sector forestal, cuya actuación se insertaría, además, en el seno de los singulares procedimientos represivos y reparadores seguidos ante las autoridades privativas para la conservación de los montes.

No hace falta ahondar más en las fuentes para obtener una

citada. Por Real Orden de 18 de mayo de 1751 (Novísima Recopilación, Ley 23, Tít. y Lib. cits.) se confirmaron las competencias de los Ministros de Marina, pero se redujeron las funciones de sus Subdelegados de Montes en favor de los Justicias ordinarios, aunque luego las volverían a recuperar, como se dirá inmediatamente en el texto. Vid. GIBERT, «Introducción», cit., págs. 24 y ss.

(15) Novísima Recopilación, Ley 28, Tít. y Lib. cits.

(16) Por Real Orden de 21 de julio de 1804 se dispuso que los Subdelegados de Montes de Marina no pudieran ejercer la jurisdicción ordinaria al mismo tiempo que servían sus empleos «como incompatibles que son ambas jurisdicciones».

(17) Novísima Recopilación, Ley 16, Tít. y Lib. cits.

primera impresión acerca de la indudable relación que corre históricamente entre la función pública de conservación y protección de un cualificado sector económico como es el forestal, publicado ya en gran parte, y el desarrollo de las iniciales características del futuro sistema administrativo.

2.2. *Conservación y reparación de caminos y puentes.*

Algo muy parecido a lo que se acaba de relatar en relación a los montes puede afirmarse respecto de los caminos públicos a fines del Antiguo Régimen. La utilidad pública inherente a toda vía de comunicación va a adquirir un especial relieve en esa época a raíz del desarrollo del correo, circunstancia ésta que pudiera parecer anecdótica y que, sin embargo, tendrá su trascendencia en orden a la articulación de las funciones públicas encaminadas a la conservación y protección de los caminos (18).

El cuidado por la integridad de las vías públicas es uno de los objetos de intervención que se encomienda por la famosa Ordenanza de Intendentes Corregidores de 1749 a estas autoridades en su nueva configuración, y que se recogerá luego en la Instrucción de 1788 (19). En ellas se dispone que dichos agentes velarán para que los órganos inferiores «procuren tener compuestos y comerciales los caminos públicos y sus puentes», y para que «procedan contra los que ocuparen alguna parte de ellos con las penas y multas correspondientes a su exceso, a más de obligarles a la recomposición a su costa».

En la misma época se dictan una serie de normas sobre la circulación de los carros que miran exclusivamente a la conservación material de los caminos generales, como base para el mantenimiento de su afectación al servicio general, estableciéndose en ellas peculiares medidas de signo resarcitorio. Sirva como ejemplo la disposición dictada por Carlos III por Cédula de 1 de noviembre de 1762: «que en los citados caminos se use de carros de llanta ancha lisas

(18) Para una breve alusión histórica a este fenómeno, vid. J. PEMÁN, *Régimen jurídico del servicio de Correos*, INAP, Madrid, 1983, págs. 42-49. Algunos datos de interés se encuentran en el Catálogo de la *Exposición Monográfica de las Obras Públicas*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Alcalá de Henares, 1964, págs. 32 y ss.

(19) Vid. Novísima Recopilación, Lib. VII, Tít. XXXV, Ley 5. Sobre la institución del Corregidor y su evolución, vid. B. GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, 1970.

o, rasas, con tres pulgadas de huella a lo menos, y sin clavos prominentes, embebiéndose éstos en la llanta», de manera que «si anduviesen de tráfico sobre estos caminos carros de llanta estrecha y clavos prominentes, paguen doble portazgo que otros cualesquier carros, *en resarcimiento del daño que causan a los mismos caminos*; y donde no hubiere establecido portazgo, se imponga de nuevo con noticia y aprobación del mi Consejo respecto a dichos carros, *convirtiendo su producto en los reparos del camino*».

No es el caso ahora de averiguar cuál sería la correspondencia, en términos actuales, de la naturaleza del gravamen que se impone en los supuestos citados. No parece, de todas formas, que el pago del doble portazgo tuviese una finalidad sancionadora, sino que se asemejaría más a algún tipo de canon o tasa por depreciación del bien público, con un significado claramente resarcitorio de los daños ocasionados. Técnicas de este tenor las encontraremos, como se verá en su lugar, en la legislación más reciente.

La vinculación entre caminos y correos, a que he aludido antes, va a dar lugar, precisamente, al fortalecimiento de una autoridad privativa superior. En efecto, el Real Decreto de 8 de octubre de 1778 dispuso la agregación de la Superintendencia general de caminos y posadas a la de correos y postas, a la que correspondería todo lo relativo a la conservación, seguridad y comodidad de los caminos y tránsitos, con «absoluta inhibición de cualesquiera Jueces y Tribunales», pudiendo el Superintendente nombrar subdelegados, facultativos y demás dependientes. La posterior Ordenanza general de correos, postas, caminos y posadas, de 8 de junio de 1794, facultó a este órgano supremo del ramo para nombrar Directores Generales para «la construcción y conservación de caminos y posadas», los cuales deben ser los mismos «que eligiere para correos y postas, para conseguir por este medio una total reunión de estos ramos».

Es interesante observar la preocupación por lograr la coordinación entre lo que es el servicio público y el mantenimiento y conservación del sustrato material sobre el que aquél se desarrolla, que es un bien público. Los problemas de coordinación, los conflictos competenciales entre los agentes especiales y las Justicias ordinarias debieron ser frecuentes, a juzgar por las diversas disposiciones que se dictaron para preservar el papel de aquéllos (20). A esta situación

(20) Así, la Circular de 2 de septiembre de 1791, y su posterior recordatorio por la de 23 de diciembre de 1796, sobre la subordinación de los Justicias y Ayuntamientos a la Junta mayor de caminos de Granada, en tanto que delegada del Superinten-

no era ajeno el dato de que las propias Justicias ordinarias debían ser los Subdelegados particulares en la materia, pero encontrándose «en lo respectivo a caminos, posadas y portazgos con sujeción inmediata a la Dirección General». Una peculiar posición, pues, de dependencia funcional respecto de las autoridades privativas. En definitiva, son claros los indicios de que la conservación y reparación de las vías públicas de comunicación era ya en esa época una materia ajena a la ordinaria jurisdicción y objeto, por tanto, de una Administración particular que había de tutelar por sí los intereses en ello implicados (21).

2.3. *Jurisdicción de las Comunidades de riego sobre los daños a las acequias.*

Con una breve alusión a las aguas públicas se completa esta referencia sumaria e indiciaria a los antecedentes en el Antiguo Régimen de la intervención pública en la conservación de los bienes públicos y su protección frente a los daños irrogados en ellos.

El Derecho de aguas está por esa época ya muy desarrollado en nuestro país. No obstante, y como ya se ha señalado en relación a determinadas fuentes medievales, la mayor parte de la legislación referida a las aguas se ocupa casi exclusivamente de deslindar el campo de los posibles derechos que revierten sobre las aguas, esto es, cuestiones de titularidad, dominical o no, pública o privada, y de derechos de aprovechamiento, así como de la compatibilidad entre varios de estos últimos. Hasta entrado el siglo XIX no va a mostrarse una fuerte preocupación pública por la realización de obras hidráulicas y, con ello, por la regulación de su explotación, mantenimiento y conservación (22). Tal vez la excepción a ello quepa encon-

dente para «este ramo de policía». Vid. estas disposiciones, y las que se han citado anteriormente, en Leyes 5 a 10, Tít. XXXV, Lib. VII, de la Novísima Recopilación.

(21) En este sentido se puede comprobar la evolución seguida en este tema a lo largo del siglo XVIII, confrontando las disposiciones citadas con las contenidas en el Auto XXI de 24 de julio y 5 de noviembre de 1717 sobre la competencia del Superintendente de Mallorca, competencia privativa que queda excluida en lo relativo a las «penas i vandos, que se echaban en aquella Bailía, i término, por los daños, que hacían los ganados de los vecinos, o el que los particulares puedan hacer, descomponiendo los caminos públicos (...) siendo las instancias o acciones, que a aquel Juzgado concurren, propias de la jurisdicción ordinaria, a quien únicamente competen según práctica, i Leyes de Castilla, deberán ser las apelaciones del referido Baile a la Audiencia...» (Novísima Recopilación, Lib. V, Tít. X, Ley 3).

(22) En relación con los aspectos históricos del Derecho de aguas, me remito ya desde ahora al notable estudio de A. GALLEGU ANABITARTE, «El Derecho español de

trarla en las múltiples ordenanzas de riego de la zona levantina, en las cuales se regulan detalladamente —además, por supuesto, de todo lo relativo a los aprovechamientos— los aspectos referentes al mantenimiento de la integridad material de los distintos elementos que dan soporte a las obras de riego.

En una de las conocidas obras de Cirilo FRANQUET se recogen con profusión las fuentes que durante el siglo XVIII regían las distintas Comunidades de riegos del Levante español, ordenanzas muy similares entre ellas y que, en lo que nos interesa, coinciden en prestar singular atención a la protección de los bienes comunes adscritos al riego frente a las conductas atentatorias a su integridad (23). La regla general es la intervención de los órganos propios de las Comunidades, los jurados y Tribunales respectivos, en la sanción e imposición de la obligación resarcitoria, con exclusión, por tanto, de las jurisdicciones ordinarias y de las privativas del Real Patrimonio. Este sistema —que continúa hasta nuestros días, como es bien sabido— significa que las aguas públicas no sólo están sujetas a la autoadministración de los interesados en cuanto a su aprovechamiento, sino que también caen bajo lo que podríamos denominar su autojurisdicción, en lo relativo a la tutela de los bienes públicos o comunes.

Como ejemplo de cuanto digo, pueden traerse aquí algunas disposiciones de los «Capitols i Ordinacions per al bon govern i conservació de la comuna i cèquia de Favara», de 18 de marzo de 1701 —cuyo título es ya significativo sobre la finalidad protectora que perseguían—, y que fueron reproducidas posteriormente en las Ordenanzas para el buen gobierno de la acequia de Mislata (1751). El artículo LVII de estas últimas dice así:

«También estatuímos y ordenamos que cualquiera que romperá cajero de la acequia madre, o de los bra-

aguas en la historia y ante el Derecho comparado», en la obra *El Derecho de aguas en España*, en colaboración con A. MENÉNDEZ REXACH y J. M. DÍAZ LEMA, MOPU, Madrid, 1986, I, págs. 1-420, donde se ofrece gran cantidad de material no sólo sobre la ordenación jurídica de las aguas, sino, más en general, sobre la formación dogmático-conceptual de la categoría del dominio público.

(23) Cirilo FRANQUET y BERTRÁN, *Ensayo sobre el origen, espíritu y progresos de la legislación de las aguas*, 2 tomos, Madrid, 1864. Entre los estudios monográficos posteriores cabe señalar el de J. CERDÁ RUIZ-FUNES, «La tradición jurídica en las Ordenanzas de la huerta de Murcia», en la edición de las *Ordenanzas y costumbres de la huerta de Murcia*, publicada por su Junta de Hacendados, Murcia, 1969, páginas 24 y ss. Ahí se pone de relieve la conversión, a partir de 1708, del Corregidor como «Juez de Aguas» privativo, con apelación de sus fallos al Consejo de Castilla e inhibición de los demás Consejos, Chancillerías, Tribunales, Audiencias y Justicias.

zos de ella, pague la pena de seis libras, repartidas según está expuesto; y a más de dicha pena pague todo el daño que se habrá ocasionado por dicho rompimiento, hasta que dicho cajero esté restituido a su primitivo estado.»

Por su parte, el siguiente artículo LVIII de las mismas Ordenanzas dispone, en términos muy similares, que «cualquiera que romperá margen, aunque sea mediero, por echar la agua de su heredad, o por cualquier otro motivo, pague el daño que hubiese hecho, y la pena de tres libras, repartida como queda dispuesto».

Las disposiciones transcritas, representativas de las contenidas en la generalidad de las Ordenanzas, dejan bien claro que ante el supuesto de daños a los elementos comunes de la acequia surge una responsabilidad penal castigada con las multas correspondientes y, además, una responsabilidad civil que conlleva la obligación indemnizatoria y el deber de reparación del daño. Insisto en este segundo aspecto porque, estando atribuidas a la jurisdicción ordinaria las cuestiones relativas a «derechos», no va a ser considerado como tal, a estos efectos, el derecho de la Comunidad a obtener el resarcimiento por los daños sufridos, sino que la materia entra dentro de la policía, buen gobierno y conservación de la acequia, títulos éstos que remiten a la jurisdicción privativa de la propia Comunidad. Ella será quien declare su propio derecho a ser indemnizada por el causante del daño.

3. *Recapitulación. Jueces privativos y dominio público a las puertas del sistema administrativo*

El repaso que se acaba de hacer sobre el ordenamiento protector de algunos bienes públicos a finales del Antiguo Régimen es demasiado rápido y superficial para autorizarnos a extraer unas conclusiones firmes. Tampoco es éste el objetivo central de nuestra atención. Pero entiendo que sí resulta al menos ilustrativo para intuir cómo se iba preparando el terreno para el posterior desarrollo del sistema administrativo en el siglo XIX.

Acaso la idea que parece más útil retener sea la ya avanzada, y ahora más fundada, de que la protección de los bienes públicos se configura como un destacado núcleo material en torno al cual

van a desarrollarse los elementos que caracterizarán el surgimiento de la Administración decimonónica. En efecto, la conservación y protección de los montes públicos, los caminos y puentes, y aun de las aguas públicas o de sus elementos accesorios, son asuntos que van quedando excluidos de la jurisdicción ordinaria, y para los cuales se establecen autoridades específicas, con jurisdicción privativa —o se reconoce la autojurisdicción de los interesados en el aprovechamiento común— y de las que incluso van a depender funcionalmente las Justicias ordinarias, pasando a ser, así, agentes también de la nueva estructura. Para la eficaz protección de los bienes que tienen a su cuidado, dichos agentes actuarán en ocasiones de forma sumaria «sin orden ni figura de juicio contencioso», y contra sus decisiones sancionadoras sólo cabrá recurso o apelación previo pago o depósito de la multa, lo cual, por cierto, aunque no sea consecuencia necesaria y directa, sí presupone el reconocimiento de la inmediata eficacia de las resoluciones recurridas.

Por otro lado, también es interesante poner de relieve, en la línea ya apuntada, que la doble responsabilidad en que incurren quienes cometen daños o atentados sobre los bienes públicos, la de naturaleza penal y la de índole patrimonial o civil —deber de pagar el daño, o de rehacer lo dañado a su costa—, ambas responsabilidades, digo, son exigidas en no pocos supuestos por los Jueces privativos o agentes especiales. Si la figura de éstos, con sus competencias privativas, sus procedimientos e instrumentos específicos, se considera como el origen de lo que hoy denominamos autotutela administrativa (24), en ese mismo origen encontramos ya no sólo un inicial poder sancionador vinculado a la protección de los bienes públicos, sino también el poder declarar y exigir por sí la reparación material o patrimonial de los daños producidos. Negocios sustantivamente criminales y civiles, respectivamente, pues, que por razón de la materia, en la que «tanto se interesa la causa pública», van a ser conocidos y resueltos por autoridades ajenas a la jurisdicción ordinaria.

Tal es, en breve síntesis, el estado de cosas que se presenta en los momentos inmediatamente anteriores a la instauración del régimen constitucional y la consiguiente implantación progresiva del sistema de Derecho administrativo. Si el dominio público es ya el título de intervención administrativa institucionalmente consolidado

(24) De nuevo, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La formación histórica del principio de autotutela de la Administración*, cit., págs. 68 y 69.

en esa época, el específico régimen de protección y conservación de sus dependencias constituye un ejemplo claro de cómo se van prefigurando las técnicas peculiares de la naciente Administración pública.

II. LA FORMACIÓN DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO Y LA CONSERVACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. *Cuestiones introductorias*

El singular proceso del nacimiento y desarrollo del sistema administrativo que tuvo lugar en el continente europeo a lo largo del siglo XIX se caracterizó por la concurrencia de muy distintos factores que tendían todos ellos a diseñar un nuevo régimen de las relaciones de poder como consecuencia de los postulados revolucionarios. A los efectos de este estudio interesa destacar, especialmente, dos fenómenos trascendentales, tanto a nivel de la formulación dogmática del nuevo Derecho administrativo como en el plano de la articulación práctica de los distintos poderes y de sus relaciones con los ciudadanos. Naturalmente, la distinción entre ambos niveles, aunque útil en su simple enunciado, resulta artificiosa, habida cuenta de la indisoluble interacción que en todo momento ideal se produce entre ellos.

Los fenómenos que operan en tal sentido, y que aquí quiero resaltar, son los siguientes: por un lado, la búsqueda y la elaboración de lo que VILLAR PALASÍ ha denominado *títulos de potestad* (25), es decir, fundamentos de legitimación de la intervención pública sobre la vida social a través de la acción administrativa. Por otro lado, la creación, temprana en Francia y más tardía en los demás países, de una *jurisdicción administrativa* especializada, privativa para los conflictos que surgen en las relaciones jurídicas tendidas con la Administración. Sería vano pretender en este momento justificar la importancia dogmática e institucional que para el Derecho administrativo han representado estos dos factores capitales. Se trata de algo indiscutido hoy día.

Lo que sí, en cambio, requiere un mayor detenimiento, porque

(25) Vid. el ya clásico trabajo de VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964, págs. 121 y ss.

afecta directamente a nuestro tema, es la consideración de la repercusión que en su momento tuvieron los dos elementos citados sobre el tema específico de la protección de los bienes públicos, esto es, en la progresiva configuración de las técnicas jurídicas encaminadas a la defensa de la integridad material de aquellos bienes que habrían de integrar la categoría dogmática del dominio público. Se trataría, pues, de conocer el origen, la formación y la articulación de las potestades públicas previstas con este objeto. Por otra parte, no cabe duda que, desde un punto de vista histórico, este tipo de relación es siempre recíproca, esto es, en el caso que nos ocupa, el dato real de la necesaria intervención protectora de los bienes públicos va a contribuir también a dar una configuración determinada a las categorías dogmáticas que sustenten los títulos de potestad, a la propia jurisdicción administrativa y a las diversas técnicas de intervención administrativa y sus correspondientes potestades.

En definitiva, con todo ello quiere decirse que no sólo el dominio público como categoría jurídica, sino el más concreto aspecto de la protección material de los bienes públicos va a constituir en el siglo XIX español un decisivo elemento constructivo para la elaboración del ordenamiento administrativo. De este modo, se continuaría la tendencia ya observada en las últimas etapas del Antiguo Régimen, a que me he referido anteriormente, que encuentra en la protección de los bienes públicos un campo particularmente propicio al desarrollo de las técnicas peculiares de lo que luego había de ser el Derecho administrativo.

Las coordenadas económicas en que se desenvuelve la sociedad decimonónica explican cumplidamente el lugar relevante que ocupará la protección y conservación del dominio público en la formación de las instituciones jurídico-administrativas. Simplificando mucho, puede decirse que el incremento de la actividad económica y el desarrollo de la sociedad industrial requieren cada vez con mayor intensidad la predisposición de las infraestructuras públicas adecuadas para satisfacer sus necesidades, bienes públicos que deben hallarse protegidos en su integridad con el fin de mantener su utilidad económica por medio del uso de que son objeto por parte de los agentes económicos. Ello es claro, por de pronto, en relación a las vías de comunicación de todo tipo —carreteras, ferrocarriles, canales de navegación, puertos, etc.—, ámbito éste, por cierto, en el que se desarrollará paralelamente otra importante institución, las *obras públicas*, en estrecha interconexión con la institución demanial, como

ha recordado T. R. FERNÁNDEZ (26). Asimismo, la concurrencia de distintas actividades económicas sobre un mismo bien público va a exigir la adopción de medidas encaminadas a preservar la integridad del bien en cuanto tal, por la repercusión que ello pueda tener para la salvaguarda de todos los intereses económicos implicados (27).

Pero sucede también que, simultáneamente, el propio auge de las actividades que se sirven de una u otra forma de los bienes públicos hace aumentar el riesgo de que éstos resulten perjudicados, esto es, que sufran daños, desgastes o deterioros a causa del uso cada vez más intenso de que son objeto. Así, por ejemplo, el desarrollo de la industria minera va a repercutir directamente, y la legislación de la época lo refleja plenamente, en la conservación y defensa de los caminos y carreteras, así como de los cauces públicos (28).

En síntesis, los bienes públicos son un elemento esencial del creciente desarrollo económico del siglo XIX, al propio tiempo que empiezan a repercutir en su integridad las consecuencias dañosas de ese mismo desarrollo. Ahí puede encontrarse, pues, una explicación, entre otras, del surgimiento de una legislación administrativa cuyo contenido va a girar, en buena parte, alrededor de la conservación y defensa de los bienes públicos.

(26) T. R. FERNÁNDEZ, *Las obras públicas*, núms. 100-102 de esta REVISTA (1983), vol. III, pág. 2430.

(27) Ello es patente, sobre todo, en la ordenación de las aguas públicas, como veremos más adelante, donde se trata no sólo de compatibilizar aprovechamientos distintos —industriales, agrícolas, mineros, abastecimiento de poblaciones—, sino de preservar, como premisa para ello, la integridad material que a menudo se cifra en la calidad de las aguas y de sus cauces.

(28) La legislación francesa, que también en esta materia será modelo de la española, es bien expresiva. Así, por ejemplo, la Ley de 21 de mayo de 1836, y luego la de 30 de abril de 1881, establece el pago de las denominadas «subvenciones industriales» por parte de los explotadores de minas, canteras, bosques y otras industrias para la reparación de las degradaciones extraordinarias que su actividad causa a los caminos rurales y vecinales. Es un claro precedente de la técnica del canon, en una de sus facetas, que ha permitido a algún autor hablar de tales agentes económicos como «contraventores legales»: G. WATRIN, *La police de la circulation sur les voies publiques*, Paris, Sirey, 1935, pág. 56; vid. también, en sentido crítico, la tesis de A. DE LAUBADERE, *L'automobile et le regime de l'usage des voies publiques*, Paris, Sirey, 1935, págs. 49 y ss.

2. *El problema de los títulos habilitantes.*

Poder de policía y dominio eminente sobre los bienes públicos

A lo largo del siglo XIX, la materia de la conservación y defensa de los bienes públicos, de uso general o uso público, va a estar presente, como decía, en la elaboración conceptual del Derecho administrativo y en la configuración dogmática de los títulos de intervención administrativa. En este campo, precisamente, se pondría de manifiesto el carácter plurifuncional de los distintos fundamentos de legitimación de las potestades administrativas, la estrecha interconexión existente entre ellos y la ausencia de líneas de distinción que delimitasen nítidamente el sentido de cada uno.

No es necesario obrar con demasiado detenimiento para poder captar los contornos del fenómeno aludido. Algunas referencias puntuales creo que bastarán para hacerse la idea de cuál es la concepción jurídica que rodea al dominio público como objeto de protección y conservación.

Entre nosotros ha sido ya estudiado, desde diversas perspectivas, el lugar central que el concepto de *policía* ocupa en el nacimiento del moderno Derecho administrativo y su significado legitimador de la intervención pública en la esfera privada (29). Como veremos, el amplio concepto de policía encontrará una específica concreción en la configuración de los poderes que se proyectan sobre los bienes públicos en orden a su conservación y defensa. Junto a él, la propia categoría del dominio público se edificará durante esta época a partir de líneas histórico-dogmáticas diversas que van a converger en la atribución jurídica respecto a los bienes públicos, posición que reunirá a la vez características de la titularidad dominical y de la supremacía jurídica de poder, de potestad o imperio no estrictamente propietaria.

Policía y dominio, proyectados sobre los bienes públicos, van a ser a lo largo del siglo dos títulos estrechamente ligados entre sí, cuya virtualidad autónoma resulta difícil de establecer. Bien expresivas de esta situación dogmática, ya desde los momentos iniciales de la consolidación de las instituciones administrativas específicas,

(29) Me remito, por todos, a los conocidos trabajos de J. L. VILLAR PALASÍ, *Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado*, núm. 16 de esta REVISTA (1955), págs. 21-37; A. NIETO, *Algunas precisiones sobre el concepto de policía*, núm. 81 de esta REVISTA (1976), págs. 35 y ss.; J. L. CARRO, *Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional*, «REDA», 29 (1981), págs. 287 y ss.

son las palabras de OLIVÁN contenidas en el epígrafe de su obra dedicado a la policía administrativa (30), que precisamente comienza así:

«Son materia administrativa las cosas de uso común o del dominio público, cuyo disfrute se regulariza para que no resulte perjuicio a tercero ni a la comunidad; tales como la vía pública, las aguas, el aire considerado en su salubridad, y cuantos goces generales permiten las leyes. Todas estas cosas, que interesan al buen orden, son objeto de la *policía*.»

Como puede observarse, el planteamiento de OLIVÁN se mueve todavía en un alto nivel de abstracción y generalidad. Pero ello no es óbice para observar ya la vinculación que se tiende entre el uso común de los bienes públicos y la necesaria protección de los intereses generales —«para que no resulte perjuicio... para la comunidad»—, lo cual justifica que el poder público regularice su disfrute a través de sus poderes de policía, de la que dichos bienes son objeto. No obstante, la policía como título de potestad no goza todavía de una autonomía conceptual absoluta, de manera que debe encontrar apoyos en otras instituciones más asentadas, como puede serlo, precisamente, la dominical. Es así como se comprende, entonces, la siguiente expresión del propio autor:

«Entre los goces cuya *posesión* es debida a los individuos, figuran la tranquilidad pública, la libertad y la seguridad personal y real. Por lo cual entran en la materia administrativa *como propiedad pública* y son objeto de la *Policía*» (31).

La argumentación transcrita resulta del mayor interés. Para explicar la atribución de poderes públicos de intervención en relación con una materia típica de policía, como es el ámbito de la libertad y la seguridad, nuestro autor recurre a la utilización de conceptos de origen privatístico de común aplicación a las titularidades reales y dominicales. El individuo como poseedor de un bien jurídico que no está bajo su titularidad real, sino que es objeto de propiedad

(30) A. OLIVÁN, *De la Administración pública en relación a España* (1842), reed., IEP, Madrid, 1954, pág. 94.

(31) OLIVÁN, *ob. cit.*, pág. 95. La cursiva es mía.

pública, y por este motivo, precisamente, dicho bien pasa a formar parte del objeto de la policía. Diríase, pues, que los poderes de policía derivan, o al menos dependen, de una titularidad pública del bien en cuestión.

Nótese bien que cuando se habla de titularidad pública, aunque sea nominalmente de carácter real, no se hace referencia, en ningún momento, al sujeto detentador de la misma. Más bien se vislumbra la clásica concepción de los bienes jurídicos pertenecientes a la colectividad, sin sujeto determinado, y ello tanto al referirse OLIVÁN a las *cosas* de dominio público como a los *goces individuales* que son propiedad pública y, por tanto, objeto de policía.

En este punto, parece que las expresiones dominio público o propiedad pública tienen un significado preferentemente negativo, es decir, los bienes o titularidades jurídicas que no están a disposición del individuo, desde el momento que interesan a la colectividad, a la cual están atribuidos, mientras que a aquéllos sólo les corresponde el uso, la «posesión» o goce, en expresión de OLIVÁN. La Administración, pues, ejerce sus poderes de policía sobre tales materias, pero vinculadas conceptualmente a una titularidad aparentemente de raíz dominical, el dominio o propiedad públicas.

Centrándonos en las cosas o bienes públicos, el dominio público, esa interdependencia entre policía y dominio va a subsistir a lo largo de todo el siglo, a medida que se iba desarrollando la labor de construcción dogmática. Un ejemplo clarísimo de ello puede encontrarse en el campo de las aguas públicas. A mediados de siglo es todavía común, en la legislación administrativa, atribuir al Estado el *dominio eminente* de las aguas públicas, en virtud del cual aparece habilitado para regular su uso y aplicar, en vía ejecutiva, la reglamentación correspondiente. GALLEGO ANABITARTE ha señalado cómo a la utilización del citado título habilitante se va a superponer la calificación de los ríos y sus cauces como *dominio público*, lo que ocurrió por primera vez con la Real Orden de 24 de mayo de 1853, y será al fin este concepto el que acabe por sustituir a la vieja categoría del dominio eminente (32).

El contenido jurídico del dominio eminente del Estado sobre tales bienes públicos —que es el origen de las potestades demaniales—

(32) Vid. GALLEGO, *El Derecho español de aguas*, cit., págs. 307, 312 y ss. y 337. Ya en la primera edición de su *Derecho Administrativo español*, Madrid, 1850, II, pág. 5, COLMEIRO señalaba que los bienes de dominio público «pertenecen al dominio eminente, y se derivan del derecho de soberanía».

no se cifra, sin embargo, en poderes derivados de una titularidad real, sino que se anudará a la otra gran categoría que es la policía administrativa. Así lo ha puesto de relieve Sebastián MARTÍN-RETORTILLO al estudiar la preparación de la Ley de Aguas de 1866, señalando cómo en ella figura el Estado interviniendo sobre las aguas públicas no en cuanto titular de un derecho real, sino en razón de su titularidad general de la función de la policía, policía administrativa que tiene, precisamente, por objeto la protección del uso común (33).

Esa función de policía sobre las aguas públicas sigue contando, a pesar de todo, con el otro fundamento coadyuvante de su legitimación, el dominio eminente en cuanto que señorío o poder, que no propiedad, sobre ese tipo de bienes.

En efecto, pocos años antes de la aprobación del Código Civil, que consagró la concepción propietaria o dominical del dominio público, GALLOSTRA escribía lo siguiente:

«... hemos de sentar como principio, si no libre de toda impugnación científica, sancionado al menos en la esfera de los hechos por las legislaciones de casi todos los pueblos, el del *dominio eminente* del Estado sobre las aguas públicas.

En virtud de este derecho, el Estado ejerce sobre dichas aguas su inspección y gobierno, velando por la *conservación* de un elemento tan indispensable para la sociedad, y arreglando su aprovechamiento.

Claro está que semejantes facultades no le corresponden como persona jurídica, sino como *poder social*» (34).

De todo ello se sigue que la Administración ejerce la «tutela suprema sobre las aguas públicas», dentro de la cual entran «todas las medidas de interés general, como las de policía» (35).

Una idea muy sencilla es la que conviene retener después de esa confrontación. Desde la década de los años cuarenta hasta la víspera de la codificación civil persiste en la doctrina la convicción de que

(33) S. MARTÍN-RETORTILLO, «Estudio preliminar», en *La Ley de Aguas de 1866. Antecedentes y elaboración*, Centro de Estudios Hidrográficos, Madrid, 1963, páginas XXXVII y ss.

(34) José GALLOSTRA Y FRAÜ, *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, pág. 134.

(35) GALLOSTRA, *ibidem*.

en los poderes de la Administración en orden a la conservación de las aguas públicas —y ello puede hacerse extensivo a los demás bienes de uso común y general (36)— convergen a la vez, en íntima conexión, policía y dominio eminente como fundamentos habilitantes de los mismos. La conjunción de ambos ofrecerá como resultado la atribución de las potestades demaniales para la protección y conservación de los bienes públicos. De esta forma, además, la institución misma del dominio eminente del Estado cobra un significado histórico más amplio que el que había tenido bajo el Estado absoluto. En efecto, la tesis de GALLEGO ANABITARTE de que «el concepto decimonónico de *dominio público* vino a sustituir la vetusta expresión de *dominio eminente*, que no era sino una manifestación del *Señorío*, como imperio o poderío, y no como propiedad», esa tesis, digo, se entiende todavía mejor si convenimos que el contenido jurídico de las potestades en que se manifiesta dicho señorío no es en absoluto diverso del que se deriva del poder de policía.

Aunque desde un planteamiento mucho más genérico, algo no muy distante de lo que se acaba de decir había sido ya notado por José Luis CARRO, según el cual la construcción absolutista del dominio eminente como *potestas eminens*, como derecho de soberanía, «hace que apenas existan ya diferencias entre las intervenciones en el campo de los derechos adquiridos (propiedad) y las intervenciones en el campo de la libertad de los súbditos, legitimadas en la idea de Policía» (37). Creo que los párrafos de OLIVÁN que han sido reproducidos más arriba vienen a corroborar plenamente la conciencia de esa interrelación entre ambos títulos de potestad. Como hemos visto, toda esa construcción se aplica luego, con la mayor naturalidad, a los poderes de tutela y conservación que el Estado ostenta sobre los bienes públicos.

Pero al margen ya del nivel de construcción estrictamente conceptual, la toma en consideración de la regulación positiva de nuestra materia y su interpretación doctrinal resultará extraordinaria-

(36) GALLEGO, *El Derecho español de aguas*, cit., pág. 337, transcribe el artículo 3 del Real Decreto de 11 de noviembre de 1864, que exceptúa de la inscripción en el Registro de la Propiedad «los bienes que pertenecen tan sólo al *dominio eminente* del Estado, y cuyo uso es de todos, como las riberas del mar, los ríos y sus márgenes, las carreteras y los caminos de todas clases, con exclusión de los de hierro, las calles, plazas, paseos públicos y egidos de los pueblos...; las murallas de las ciudades y plazas, los puertos y radas y cualesquiera otros bienes análogos de uso común y general».

(37) J. L. CARRO, *Policía y dominio eminente*, cit., pág. 300.

mente ilustrativa para ver cómo se produce la articulación técnica de las potestades de protección y conservación sobre los bienes públicos y su influjo en la configuración de determinadas instituciones administrativas.

III. LA SITUACIÓN ORIGINARIA EN LA ETAPA ANTERIOR A 1845

Como es natural, el proceso que llevará a atribuir a la Administración las potestades que requiere la protección de la integridad material de los bienes públicos no es rectilíneo ni es homogéneo en cada uno de los sectores demaniales. Pero tampoco se hace imprescindible a los efectos de nuestro estudio proceder a un análisis completo y sistemático. Nos interesa más recalcar algunos datos significativos que sirvan como indicadores de toda una evolución que, según ya dije, no rompe en absoluto con la iniciada bajo el Antiguo Régimen, sino que, en un cierto sentido, vendrá a confirmar las principales características ya señaladas en su momento.

A grandes rasgos, puede afirmarse que el principal dato que se observa en esa evolución es la confirmación en manos de las autoridades administrativas de la potestad sancionadora contra los causantes de daños en los bienes públicos, con la progresiva exclusión de la jurisdicción ordinaria, potestad punitiva ésta que, como se verá, continuará estando ligada estrechamente a la reparación de los daños y al resarcimiento de los perjuicios ocasionados. Naturalmente, el desarrollo de esta potestad demanial no quedará al margen de los avatares seguidos por la introducción en España del sistema contencioso-administrativo, en cuyos orígenes franceses estará singularmente presente la intervención pública de protección del dominio público.

1. *El modelo francés de protección demanial: el régimen de las «contraventions de grande voirie»*

Como es bien sabido, el más directo antecedente de la Ley de 2 de abril de 1845 que estableció los Consejos Provinciales fue la proposición de ley presentada en 1838 por SILVELA, «importador

oficial del sistema francés» (38). Este modelo francés contemplaba una institución singular relativa a la represión y reparación de los daños causados a determinadas dependencias demaniales, que aún pervive hoy con plena vigencia, a pesar de los cambios producidos. Me refiero al régimen de las denominadas *contraventions de grande voirie*, régimen que nuestro autor conocía bien y que quiso introducir en nuestro ordenamiento, pero sus intenciones en este punto, como en general todo su proyecto referente al contencioso-administrativo, fueron desvirtuadas en parte por la legislación de 1845. Tanto por el interés histórico de esa institución francesa, incluida en el modelo de justicia administrativa que se pretende introducir en España, y sobre todo por el interés dogmático que presenta en la concepción de las potestades protectoras del dominio público, parece conveniente realizar una breve síntesis de su originaria configuración.

Para una primera aproximación conceptual a la figura de la *contravention de grande voirie*, podemos adoptar la definición ofrecida por LAFERRIÈRE: «Consiste dans un fait matériel, pouvant compromettre la conservation du domaine public, ou nuire à l'usage auquel il est légalement destiné», y sistemáticamente configura lo que el propio autor califica como «contencioso de la represión», que no es sino «una rama de un contencioso más amplio, el del dominio público y su conservación» (39).

Pues bien, ya desde el siglo XVII este contencioso estaba atribuido a los Intendentes, en razón de sus funciones en materia de policía y de construcción y mantenimiento de las vías de comunicación (40). Igual que en nuestro país, la presencia de las autoridades especiales y monocráticas es en esta materia especialmente significativa.

Los postulados revolucionarios habían de incidir, naturalmente, sobre esta situación, lo que sucedió con la Ley 7-11 de septiembre

(38) A. NIETO, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, núm. 50 de esta REVISTA (1966), pág. 40.

(39) E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris-Nancy, 2.ª ed., 1896, tomo II, pág. 633. Es importante destacar que los hechos constitutivos de la contravención van desde las usurpaciones e invasiones del demanio hasta los actos de mera degradación material o deterioro, es decir, la irrogación de daños, pasando por otros supuestos relativos a las servidumbres públicas, así como a las infracciones de los reglamentos de policía, supuesto éste al que también habremos de aludir.

(40) La evolución histórica de este régimen puede seguirse, además de la obra de LAFERRIÈRE, a través de J. M. AUBY y R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris, 2.ª ed., 1975, núm. 1255.

de 1790, que estableció que *«l'administration en matiere de grande voirie appartiendra aux corps administratifs, et la police de la conservation tant pour les grandes routes que pour les chemins vicinaux, aux juges de district»*. La atribución al juez ordinario de la policía de la conservación, con la correspondiente potestad represiva y reparadora incluida en ella, originó unos «resultados desastrosos para el dominio público» (41), a lo que no era ajeno en absoluto el hecho de quedar separadas unas intervenciones tan estrechamente vinculadas como son administración y policía de conservación, separación ésta que fue fuente de constantes conflictos entre las autoridades administrativas y las judiciales.

En la creación de los Consejos de Prefectura se halló la vía de solución para lograr una mayor eficacia en la protección y conservación del dominio público. Así, la Ley de 28 pluvioso del año VIII asignó a los nuevos organismos la competencia para *«connaître des difficultés qui pourront s'élever en matiere de grande voirie»*. Pero será la *Ley de 29 floreal del año X* la que establecerá definitivamente las reglas del sistema. Su exposición de motivos es bien expresiva de las razones que llevaron a reagrupar de nuevo administración y policía de la conservación:

«Il faut que l'Administration, chargée de faire et de conserver, puisse poursuivre, atteindre et frapper ceux qui détruisent, altèrent le produit de ses travaux, édifiés souvent à grands frais. Il faut que sans aller devant les tribunaux de police correctionnelle, auxquels la connaissance des délits est attribuée, ils soient réprimés par l'Administration même.»

Nos encontramos, pues, con un ejemplo bien claro de lo que sería todo el proceso de exclusión de la intervención de la jurisdicción ordinaria —penal en este caso— en las materias típicamente administrativas. El artículo 1 de la propia Ley nos ilustra perfectamente sobre el alcance del régimen que se establece:

«Les contraventions en matiere de grande voirie, telles qu'anticipations, dépôts de fumier ou d'autres objects, "et toutes espèces de détériorations" commises sur les grandes routes, sur les arbres que les bordent,

(41) AUBY-DRAGO, *ibidem*.

sur les fosées, ouvrages d'art et matériaux destinées à leur entretien, sur les canaux, fleuves et rivières navigables, leurs chemins de halage, francsbords, fosées et ouvrages d'art, "seront constatées, réprimées et poursuivis par voie administrative".»

La regla general, por tanto, es que la protección de la integridad material de los bienes públicos enumerados —la policía de la conservación— es materia administrativa, y competencia, por tanto, de los órganos administrativos. Este sistema, que a lo largo del siglo XIX se irá extendiendo a otras dependencias —puertos, ferrocarriles, tranvías, líneas telegráficas, telefónicas y de energía, etcétera (42)—, presenta dos singularidades notables, que significan en realidad dos excepciones al régimen común de las instituciones implicadas.

Por un lado, la actuación de los Consejos de Prefectura no tiene en este caso carácter revisor de los actos de la Administración activa, sino que son aquéllos quienes se pronuncian por primera vez sobre las sanciones y reparaciones debidas por los causantes de daños al dominio público, sobre la base de un expediente instruido por la Administración activa. Es, ciertamente, un supuesto singular, en el que se resume la virtualidad del fenómeno de la atribución a la Administración de facultades teóricamente jurisdiccionales. La ausencia del carácter revisor en estas actuaciones viene, en realidad, a subrayar la naturaleza administrativa de este tipo de intervención —represión «por vía administrativa», dice el art. 1 de la Ley de 29 floreal del año X, citado—, pero al mismo tiempo es un reconocimiento, en el fondo, del carácter «jurisdiccional» de la potestad sancionadora.

Este último extremo va ligado a una segunda característica derogatoria del régimen común, en este caso, precisamente, de la distribución de la potestad sancionadora entre los órganos estatales. En efecto, las competencias sancionadoras en materia de *grande voirie* son en esa época las únicas que no están atribuidas a los órganos judiciales ordinarios, puesto que incluso las sanciones por infracción a los reglamentos de policía son impuestas por los tri-

(42) La referencia a la aundante legislación sobre estos sectores, que amplía el ámbito del régimen de las contravenciones de *grande voirie*, puede encontrarse en LAFERRIERE, *ob. cit.*, pág. 632, completada con la que cita Y. LENOIR, *Les domaines de l'Etat et des autres collectivités publiques*, París, Sirey, 1966, págs. 168 y ss.

bunales correccionales o de policía. Ello significa que la única potestad sancionadora reconocida a la Administración según el originario sistema francés, aun siéndolo a través de los Consejos de Prefectura, es la que tiene por objeto la conservación de la integridad material del dominio público (43). Ahí se hace bien visible, en consecuencia, la eficacia legitimadora del dominio público, más en concreto, su conservación, como título habilitante de los poderes administrativos.

Ahora bien, si de los aspectos competenciales pasamos a contemplar el régimen sustantivo de las contravenciones de *grande voirie*, aparece una nueva e importante característica que domina la configuración material de esta potestad protectora del dominio público. Naturalmente, no podemos ahora detenernos en un análisis profundo del complejo régimen que nos ocupa —«il faudrait un volume pour l'étudier en détail», diría DUGUIT (44)—, y, además, ya habrá ocasión más adelante de confrontarlo parcialmente con el sistema español. En este momento me importa destacar cuál es el contenido básico de la potestad de policía de conservación que responde a las *contraventions de grande voirie*.

De acuerdo con lo dispuesto por la Ley de 29 floreal del año X, norma básica, recuérdese, del sistema, los Consejos de Prefectura están autorizados exclusivamente para condenar al infractor a *la reparación de los daños causados al dominio público*. En efecto, no existe una verdadera potestad sancionadora, estrictamente punitiva, en manos de la Administración contenciosa para hacer frente a los actos perjudiciales para la integridad material de los bienes públicos protegidos por este régimen. A la policía de la conservación, tan unida, según se ha dicho, a la administración demanial de naturaleza activa, no le interesa tanto la sanción de la *conducta lesiva* como la restauración o reparación del *objeto lesionado*. Ello significa, con toda claridad, que el fin primordial de ese específico poder de la policía demanial de conservación es el mantenimiento de la integridad del bien público en tanto que condición indispensable para proteger la permanencia de su afectación «a l'usage auquel il est destiné».

(43) Esta originalidad ha sido notada, entre nosotros, por J. R. PARADA, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, núm. 67 de esta REVISTA (1972), pág. 50, y ahora en su *Derecho Administrativo (Bienes públicos y urbanismo)*, Madrid, 1988, págs. 91 y ss., quien insiste, no obstante, en el carácter no administrativo de los Consejos de Prefectura (hoy Tribunales Administrativos).

(44) L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 3.ª ed., 1930, III, pág. 379.

No creo que sea preciso insistir demasiado para apercibirse de la trascendencia dogmática del dato que acaba de indicarse. En él se puede constatar el significado original que reviste en los inicios del régimen administrativo de corte francés la potestad administrativa de policía y conservación del dominio público. Se trata, antes que nada, de proteger la afectación de la dependencia demanial cuando aquélla se ve comprometida por razón de los daños que se han irrogado al bien afectado, de manera que la reacción pública persigue esencialmente la reparación del daño a costa del causante.

Esta circunstancia señala una neta distinción entre la policía demanial de conservación y los poderes de policía general. Estos últimos van acompañados de medidas sancionadoras que son aplicadas por los tribunales penales ordinarios, mientras que la conservación del dominio público constituye un bloque competencial atribuido a la jurisdicción administrativa. Ello no quiere decir que la actividad sancionadora esté ausente del ámbito de las contravenciones de *grande voirie*, pero sucede que la relación entre potestad sancionadora y potestad resarcitoria sigue unas reglas muy singulares.

Por un lado, puede ocurrir que los daños causados a un bien de dominio público sean consecuencia de una infracción de policía general o, pongamos por caso, de una subespecie de la misma, como puede ser la policía de la circulación o la de la navegación. La competencia para sancionar las infracciones a las reglamentaciones de policía corresponderá al juez ordinario, excepto cuando la infracción consista precisamente en ocasionar un daño, o éste se derive de la infracción, en cuyo caso será el Consejo de Prefectura el que conocerá en lo relativo a la reparación del daño.

Por otra parte, la propia jurisdicción administrativa puede imponer sanciones por contravención de *grande voirie*, además de condenar a la reparación, pero única y exclusivamente cuando existe un texto especial, una legislación sectorial específica para determinado bien público que haya previsto la medida punitiva. HAURIOL daba cuenta de esta situación señalando, en efecto, que la Ley de 29 de floreal del año X «establece para todos la obligación de respetar las vías públicas e impone el principio de la reparación de toda degradación, pero no fija ninguna pena por sí sola: allí donde no existan reglamentos especiales, el Consejo de Prefectura debe limitarse a condenar a la reparación» (45).

(45) M. HAURIOL, *Précis de droit administratif et de droit public*, 2.^a ed., París,

En definitiva, de lo anterior se concluye fácilmente que el contenido normal y básico del poder de conservación demanial que se cifra en el régimen de la *grande voirie* consiste esencial y primordialmente en obtener la reparación de los daños causados al dominio público. Sólo excepcionalmente, y como medida accidental, concurre con él una potestad sancionadora que, además, no siempre pertenece a la jurisdicción administrativa.

Así, pues, en el modelo francés que se observa desde nuestro país al filo del primer tercio del siglo XIX, la conservación y protección del dominio público es un título que juega un curioso papel dentro de la configuración de las instituciones administrativas, papel que, hemos visto, es básicamente el de suponer repetidas excepciones y derogaciones al régimen común. Constituye una excepción en cuanto al carácter revisor de la jurisdicción administrativa; lo es también en cuanto a la competencia sancionadora general de los tribunales ordinarios, aun en materia de policía; es excepcional, en fin, en cuanto al contenido de dicha potestad, que tiene en nuestro caso un sentido específicamente reparador y no meramente represivo.

2. *Un intento de introducir en España el sistema francés: el proyecto Silvela*

Se ha podido comprobar cómo la conservación y protección de los bienes públicos es una materia que recibe un singular tratamiento dentro del naciente ordenamiento administrativo francés. Ello había de encontrar su justo reflejo en nuestro país cuando, en 1838, SILVELA presentó su famosa proposición de Ley sobre organización de los Consejos de provincia (46).

Dejando al margen otras consideraciones generales sobre el significado del proyecto, y yendo ya directamente al punto que atañe

Sirey, 1919, pág. 780. Otros autores son igualmente explícitos en el mismo sentido. L. JANSSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1938, pág. 78, señala que la finalidad del sistema es permitir a la Administración obtener la restitución de lo usurpado o la reparación de los daños causados, y luego insiste en ello: «Así se desvela el verdadero objeto de esta legislación: a la inversa de las reglas ordinarias en materia de legislación penal, lo principal es la acción civil de reparación, lo accesorio son las sanciones» (pág. 74).

(46) Presentada el 12 de noviembre, aparece publicada en el «Diario de las Sesiones de Cortes». Congreso de los Diputados, de 16 de noviembre de 1838, apéndice tercero al núm. 7, págs. 83 y ss., de donde tomo las citas que se irán haciendo.

a nuestro tema, se reconocen en la lista de las atribuciones contenciosas de los Consejos abundantes alusiones a diversos aspectos relativos a la conservación material de los bienes públicos. El artículo 48, en sus números 7, 8 y 9, incluye ya varias referencias a cuestiones de construcción, conservación y reparación de determinados bienes públicos. Pero es más adelante, en los números 19 a 22 del propio artículo 48, donde se expresan con todo detalle aquellas materias que más nos interesan. Vale la pena reproducirlos por la claridad con que se expresan:

«19. Aplicar la parte contenciosa y penal:

En los reglamentos y ordenanzas de caminos, y disposiciones que rijan para su conservación por usurpaciones (...) por amontonar escombros u otros deshechos, o por extracción de tierras y materiales; por desperfectos o daños causados en calzadas, caminos, puentes, alcantarillas, cunetas; por corta de arbolados pertenecientes al camino; (...).

20. En los reglamentos y ordenanzas para el uso y conservación de ríos navegables, canales de navegación interior o de riego; por usurpaciones cometidas en los caminos laterales; destrucción o desperfectos de diques y otras obras hidráulicas; extracción de tierras o de materiales; sangrías o consumos ilícitos de aguas; cortas de arbolado perteneciente a canales o ríos (...).

21. En los de policía de tránsito, por infracciones a lo mandado para la anchura de ejes y de llantas; a la carga o peso de los carruajes (...).

22. En las ordenanzas de montes y plantíos, por cortas sin licencias, quemas, extracción de piedra, arena, (...)» (47).

A la vista de lo anterior creo que resulta bien patente la convicción de que todo lo relativo a la conservación material de los bienes públicos, especialmente cuando se trata de daños, destruc-

(47) Ya en el primer proyecto sobre Consejos y tribunales de administración provincial, que había presentado el propio SILVELA el 23 de febrero de 1838 («Diario de las Sesiones», *Congreso*, 9 de marzo de 1838, apéndice segundo al núm. 93, páginas 1183 y ss.), se recogía, acaso con menos sistemática, todo este ámbito de intervención de los tribunales administrativos en relación con la protección demanial.

ciones o desperfectos causados por los particulares, constituye un bloque competencial genuinamente administrativo, cuyo conocimiento contencioso debe quedar excluido de las jurisdicciones ordinarias civil y penal, para entrar de lleno en el ámbito de atribuciones de la nueva jurisdicción administrativa. Se cumple así una solución muy similar a la que estableció en Francia la Ley de 29 de floreal del año X, en relación a los recién instituidos Consejos de Prefectura para la materia de las contravenciones de *grande voirie*.

Ahora bien, parece igualmente cierto que el propio SILVELA era consciente que, dentro de los esquemas de la época, el ejercicio de las funciones correspondientes a la protección de los bienes públicos venía íntimamente ligado a la jurisdicción penal, como queda claro cuando el artículo 27 del Proyecto dispone lo siguiente:

«En el ejercicio de su jurisdicción penal no podrán imponer penas corporales, ni otras multas, condenas, indemnizaciones o resarcimientos que las que las leyes, reglamentos u ordenanzas vigentes determinen, siempre que su total no exceda de 2.000 pts.»,

y solamente cuando se excediera de esta cantidad, deberían conocer de la causa los tribunales ordinarios, «en cuanto al delito».

El reconocimiento de esa potestad sancionadora de los Consejos provinciales ofrece algunas características específicas. En primer lugar, al poner en relación el precepto acabado de citar —enunciado genérico de la potestad— con el ámbito material de las atribuciones de los Consejos, delimitado en los distintos números del artículo 48 antes aludido, se comprueba que dicha potestad se circunscribe casi exclusivamente al ámbito de la protección demanial, con lo que se viene a coincidir, por tanto, con las competencias sancionadoras de los tribunales administrativos franceses, según hemos visto.

Por otra parte, al igual también que en el sistema francés, se hace necesaria la cobertura de una norma que haya previsto expresamente la posibilidad de castigar las infracciones. En el régimen de la *grande voirie* ello es así en relación a la imposición de sanciones en sentido estricto, mientras que la competencia de los Consejos de Prefectura, como se recordará, es genérica para imponer reparaciones o resarcimientos por daños. El proyecto de SILVELA lo que hace es extender la exigencia de texto específico a todo tipo de conde-

nas, sancionadoras y resarcitorias. Esto viene a indicar, en realidad, la estrecha vinculación que une a ambas potestades según la concepción de nuestro autor.

En efecto, se habrá reparado en que el artículo 27 transcrito se refiere expresamente a las indemnizaciones o resarcimientos como conceptos propios a añadir a las multas, siempre dentro de la genéricamente denominada «jurisdicción penal administrativa». En la excelente memoria que SILVELA hace preceder a su proposición se dedica una atención especial a justificar y explicar el significado de la atribución a los Consejos provinciales de esta potestad sancionadora, así como desvelar cuál es su verdadero objetivo. La Administración, dice, no juzga a delincuentes, sino a autores de simples contravenciones, que las más de las veces sólo consisten en causar perjuicios por descuido, negligencia o «ansia del lucro, bien intencionada pero excesiva». Frente a tales hechos perjudiciales, la intervención de la jurisdicción cobra el siguiente sentido, interesante en extremo:

«Los tribunales administrativos no castigan precisamente por escarmentar: no obran con el fin único o preponderante de que la mala acción lleve tras de sí consecuencias capaces de arredrar a los atrevidos, aunque éste sea indudablemente uno de los efectos de la pena. *Su principal objeto, el que verdaderamente se propone obtener, es la reparación del daño: remediar el mal producido sacando lo necesario del bolsillo del causante.* Más bien que un fin moral, tienen una tendencia económica.»

No puede ser más rotunda la identidad entre la potestad sancionadora de los tribunales administrativos y la finalidad resarcitoria, la reparación de daños. Y resulta, precisamente, que en el modelo que SILVELA toma como patrón, la única potestad sancionadora que se reconoce a los órganos contenciosos es la que ostentan los Consejos de Prefectura en materia de contravenciones de *grande voirie*, cuya función primordial en este ámbito, como bien sabemos, es la de obtener la reparación de los daños y perjuicios causados al dominio público.

Y yendo más allá, debe señalarse que, junto a esa identidad material entre sanción y reparación, también los aspectos orgánicos

influirían en la opción de SILVELA de hacer entrar estas potestades en el ámbito administrativo. Concretamente, el autor alude al hecho de que en España no existen «tribunales como los llamados en Francia de policía correccional». Recordemos que son estos órganos de la jurisdicción ordinaria los que en general castigan las infracciones de policía, compartiendo su competencia con los tribunales administrativos cuando de tales infracciones se derivan daños al dominio público cuyo resarcimiento corresponde ordenar a estos últimos, mientras que los primeros se limitan a imponer sanciones en sentido estricto. El proyecto del autor español procede, pues, a unificar orgánicamente el ejercicio de ambas potestades que, según se ha visto, también están refundidas conceptualmente.

No cabe duda, pues, que el peculiar régimen de protección de los bienes públicos ejerce una influencia decisiva en los momentos iniciales del proceso de articulación en España de una institución tan fundamental para el Derecho administrativo como es la jurisdicción contencioso-administrativa. Y lo mismo cabe decir respecto a otra institución singular, cual es la potestad sancionadora de la Administración.

En efecto, una cuestión muy debatida es la de interpretar si la atribución a los Consejos de provincia de la competencia para imponer sanciones e indemnizaciones o resarcimientos lo es con carácter originario o bien se trata de una intervención activa. Escapa a los objetivos de este estudio entrar a fondo en la clásica polémica sobre la configuración global del sistema contencioso-administrativo en sus fases iniciales y sobre su carácter revisor, ligada con la cuestión de la ejecutividad de los actos administrativos (48). Pero sí voy a recordar únicamente algunas ideas que al respecto pone de manifiesto SILVELA en el preámbulo a su proposición, y precisamente en relación con nuestra materia.

La atribución a los Consejos provinciales de la «jurisdicción penal administrativa» la justifica el autor del proyecto, junto a los argumentos ya citados, señalando que:

(48) Me remito a los conocidos trabajos de NIETO, *Los orígenes*, cit., y de PARADA, *Privilegio de decisión ejecutoria*, cit., sin perjuicio de que más adelante se aporte algún dato más sobre el tema. Entre los autores de la época, vid. los comentarios al proyecto de SILVELA, confrontándolo con el sistema francés, de J. POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración* (1843), reed., Ins. Est. Ad., Madrid, 1977, vol. I, págs. 194 y ss.

«*La conservación de caminos, canales y otras obras públicas*, así como la observancia de los reglamentos de administración, dependen no de los medios de represión, sino de la rapidez, de la certeza, de la oportunidad de aplicarlos (...). La Administración vigila, y cuando no ha podido evitar las contravenciones, las denuncia y castiga en el acto, sobre el terreno (...). Esta necesidad es tan universalmente sentida, que no hay ordenanzas municipales, de montes, de caza y pesca y demás en que no se haya concedido a los subdelegados facultad de imponer multas.»

Por ello, se decide por «conservar a los nuevos tribunales la jurisdicción penal que ejercían los subdelegados en sus juzgados privados», ya que en el diseño general del nuevo sistema los Consejos de provincia son considerados «como sucesores de aquéllos». Pudiera parecer, pues, que se da por sentada la exclusión de la potestad sancionadora en manos de la Administración activa. Pero, en mi opinión, ésta sería una conclusión precipitada.

Entiendo, en efecto, que el reconocimiento de esa potestad a los tribunales administrativos no suponía negarla simultáneamente a los órganos de la Administración activa; lo que sí estaba en la mente de SILVELA era, probablemente, alterar la naturaleza de esta última y diferenciarla de la atribuida a los Consejos provinciales, pero no excluirla. Creo que ello puede sostenerse a partir de la argumentación que el autor emprende para explicar el tema crucial de la articulación entre Administración activa y contenciosa.

Los Consejos de provincia se conciben como tribunales administrativos de primera instancia —dice SILVELA—, lo cual significa, bien sencillamente, que las decisiones de los Alcaldes o Ayuntamientos contra las cuales «cualquier vecino, o el agraviado acuden en queja al Consejo de provincia, si el asunto pertenece a lo contencioso», no pueden ser consideradas «de ninguna manera como una primera decisión judicial», aunque las autoridades administrativas «hayan fallado por segunda vez el asunto» por haberse acudido a ellas en súplica. En definitiva, se trata de dejar sentada la naturaleza administrativa de la *función* ejercida por los órganos administrativos, como cuestión previa y distinta a la de determinar la naturaleza contenciosa o administrativa de la *materia* en cuestión. A las auto-

ridades y corporaciones locales, declara el autor, «no hay que reconocer jurisdicción civil administrativa».

Por cierto que es en este momento cuando SILVELA se pronuncia sobre la ejecutoriedad de las decisiones de estas autoridades, manifestando en un contexto muy preciso que, en su opinión, los acuerdos de los Alcaldes y Ayuntamientos «no han menester aprobación previa de ninguna especie para adquirir el carácter de ejecutorios», llevándose a efecto bajo su responsabilidad, lo cual lleva por consecuencia que los Consejos (y jefes políticos) sólo tendrían facultad para reformarlos o anularlos, pero no para darles previamente fuerza ejecutiva.

Pues bien, es este mismo razonamiento el que utiliza para admitir la potestad sancionadora del Alcalde, pero potestad sancionadora de naturaleza administrativa y no penal, negando, por consiguiente, la faceta jurisdiccional que reunía la figura del Alcalde. Así, con toda rotundidad proclama que «tampoco debe atribuirse a los alcaldes jurisdicción administrativa penal», para justificar inmediatamente a continuación que éstos mantengan potestad sancionadora —con el significado reparador que ya conocemos—, delimitando su naturaleza y el sentido de la intervención del Consejo provincial. Los ejemplos que pone el autor, además, ilustran claramente cuál es el ámbito material de dicha potestad que está en su mente. Veamos qué es lo que escribe:

«Cuando los alguaciles, celadores ó guardas llevan á presencia del alcalde al leñador que tala el monte, al malicioso arriero que despues de haber pisado el camino desde el amanecer se sale de él por no pagar el portazgo; al mayoral cuya galera derriba un guarda canton, ó al pastor que por descuido deja entrar su ganado por heredades ajenas; al exigir á cada uno la multa de reglamento, el alcalde no hace más que proporcionar una segura y pronta ejecución de la ley, anticipándose á mandar y á llevar á efecto lo que con sobrada razon supone que mandaria el juez. Interpone su autoridad para que cese la contravencion, y ordena más bien un depósito que un castigo. No entra, en cierto modo, en el fondo de la cuestion. Si el arriero, el leñador, el mayoral ó el pastor se creen multados sin motivo ó con exceso, acuden al juez de primera

instancia administrativa pidiendo la nulidad ó la reforma de los actos, no de las sentencias, del agente municipal.»

Creo que el párrafo no tiene desperdicio, y no sólo para el punto que aquí nos interesa. Pero ciñéndonos a éste, no cabe duda que en el esquema de SILVELA encaja perfectamente el reconocimiento a los alcaldes de una potestad sancionadora de naturaleza administrativa, no penal ni jurisdiccional, encaminada preferentemente a proteger el estado material de los bienes públicos. Poder sancionador que se manifiesta en un acto administrativo que, además, según lo antes indicado, tiene el carácter de ejecutorio; poder que considera imprescindible, cuando acaba por admitir que «sin esos juicios sumarios, si se quiere —cuesta todavía convencerse de la naturaleza de la función—, no habría administración posible» (49).

El Consejo provincial, por tanto, ejercerá la jurisdicción «penal administrativa» en primera instancia, sí, pero será después de haberse dictado acto sancionador previo por el Alcalde, naturalmente, siempre que a éste le venga atribuido tal poder por las leyes. Nótese, además, que en el párrafo antes transcrito se encuentran expresiones bien significativas sobre la naturaleza de la función: «ejecución de la ley»; para que «cese la contravención» —protección del estado de hecho material—; «ordena más bien un depósito que un castigo» —carácter cautelar y de garantía de posibles daños—; etcétera.

En cualquier caso, por no alargarme más sobre este extremo, bástenos retener que el sistema francés de protección de los bienes públicos representa un importante elemento dentro del conjunto del modelo en que SILVELA se inspira. En los orígenes de nuestro sistema contencioso la materia de la protección demanial explicaría, pues, algunas de las características que acabaría adoptando la institución. Explica también la posterior consolidación de ciertas potestades ad-

(49) Discrepo, por tanto, de PARADA, *Privilegio de decisión ejecutoria*, cit., pág. 94, cuando sostiene que «Silvela no justifica ni atribuye en su proyecto potestad sancionadora a los órganos activos, sino a los contenciosos de la Administración». Lógicamente, en el *texto* del proyecto nada se dice sobre la potestad sancionadora de los alcaldes, puesto que no es objeto del mismo regular las atribuciones de la administración activa, pero sí se justifica, como hemos comprobado, en el contenido del *preámbulo*, y se hace, además, para delimitar cuál es el sentido y la articulación de la intervención de los órganos contenciosos —hoy diríamos naturaleza revisora— que se prevé en el artículo 48, núm. 19, del proyecto con la expresión «aplicar la parte contenciosa y penal» de los reglamentos y ordenanzas, a lo que PARADA parece querer dar otro significado.

ministrativas, como la sancionadora, vinculadas extremadamente a este ámbito, aunque en ello nuestro ordenamiento empiece a separarse de su patrón. En fin, pone de relieve el significado prevalentemente reparador, resarcitorio, que en aquel intento se atribuía a la potestad sancionadora no penal, ya correspondiera ejercerla a los órganos activos de la Administración o bien a los contenciosos.

3. *El tratamiento de los daños públicos en la primera legislación administrativa española*

Las competencias para la conservación y protección del dominio público, así como el contenido —sancionador, reparador— de las correspondientes potestades, se irá articulando en España de manera bastante distinta a cuanto hemos visto en el sistema francés y en las primeras iniciativas para trasladarlo a nuestro ordenamiento.

Antes de que en 1845 tuviera lugar el establecimiento de la nueva jurisdicción administrativa en España, las facultades inherentes a la policía de los bienes públicos y a su protección estaban atribuidas, por regla general, a los órganos de la Administración activa, y particularmente a las autoridades ordinarias del sistema institucional local, esto es, al Alcalde y el Jefe Político. Naturalmente, tal afirmación debe relativizarse en algunos puntos, concretamente en lo que hace referencia a la pervivencia de funciones jurisdiccionales en la figura del Alcalde, «último escalón del orden judicial» (50) —sobre la que ya pretendió incidir SILVELA—, así como en lo relativo al mantenimiento, durante cierto tiempo, de potestades represivas estrictamente penales en el campo demanial en manos de la jurisdicción ordinaria. Pero lo cierto es que, en todo caso, se irá afirmando rápidamente el papel de la Administración en la materia de la protección demanial. Ello es bien visible tanto a través de la legislación de tipo general —la de régimen local y la relativa a la jurisdicción administrativa— como en las disposiciones y resoluciones particulares referentes a los distintos sectores demaniales.

(50) Según la conocida expresión del artículo 256 de la Constitución de 1812.

3.1. *La legislación forestal y los daños a los montes públicos.*

Entre estas últimas cabe referirse, en primer lugar, a la legislación forestal, constituida esencialmente por las Ordenanzas Generales de Montes de 22 de diciembre de 1833, anunciadas ya en la famosa Instrucción de Javier de Burgos a los Subdelegados de Fomento. Las Ordenanzas se corresponden, obviamente, con la concepción administrativa que propone Javier de Burgos (51), lo que queda bien reflejado en la opinión que de ellas daría COLMEIRO: «Una ordenanza particular fundada en los principios de la ciencia administrativa, conciliadora del interés público con el derecho de propiedad, fue el primer paso que dio el Gobierno para introducir el orden en este caos» (52). Y, en efecto, entre las disposiciones que pretenden hacer frente a la desastrosa situación que presentaba la conservación de los montes, tanto públicos como de particulares, destaca la creación de la Dirección General de Montes, así como la minuciosa regulación sobre la policía, delitos y contravenciones en la materia. Sobre este último aspecto, varias son las cuestiones de interés.

En primer lugar, se hace visible que toda infracción lleva siempre consigo la imposición de multa y el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, además de otras eventuales condenas como la confiscación de los instrumentos utilizados en talas y cortas ilegales o la demolición de lo construido ilegalmente. Llama la atención, verdaderamente, la insistencia con que se impone la medida reparadora y la minuciosidad con que se regula su régimen, que presenta algunas diferencias con el de las multas.

La obligación de resarcir los daños y perjuicios afecta por igual a los causados en los montes públicos como en los privados, pero respecto a los primeros alcanza mayor amplitud, por cuanto incurren también en ella los Ayuntamientos y otras autoridades encargadas de la administración de los montes, ya sean de propios, comunales, de realengo o de otros establecimientos públicos, cuando

(51) Es común atribuir la autoría de las Ordenanzas de Montes al propio Javier de Burgos, aunque GIBERT, «Introducción», cit., pág. 27, y RODRÍGUEZ OLIVER y PAREJO GÁMIR, *Lecciones de Dominio Público*, Madrid, ICAI, 1976, pág. 214, sostienen que son obra de González Arnao. Me remito al aludido trabajo de GIBERT, citado en la nota 10, para la descripción de la evolución legislativa en materia forestal, donde se destaca el aspecto represivo y conservador de la normativa de montes durante el siglo XIX.

(52) M. COLMEIRO, *Derecho Administrativo español*, Madrid, 1850, pág. 126.

de su gestión resultaren daños y perjuicios (arts. 18 y 42). Por su parte, la regulación general de las penas por los delitos y contravenciones previene que «se hará condenación, además de las multas, a la restitución de los objetos sustraídos o su valor, y a la indemnización de daños y perjuicios a que hubiere lugar» (art. 190), lo que se reitera expresivamente en el siguiente artículo 191: «y se atenderá siempre al resarcimiento de daños y perjuicios».

Se observa, así, que la «policía de los montes» no tiene únicamente una finalidad preventiva, ni tan siquiera exclusivamente represiva, sino que persigue además en todo momento la restitución, la reparación, el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, como medio de hacer recuperar al bien perjudicado no sólo su valor económico en sentido estricto, sino también su integridad material.

En cuanto al régimen de esa particular responsabilidad por daños de los infractores, decía que la regulación es detallada, siendo un claro precedente del tratamiento que la materia recibe en la actualidad y en el vigente Reglamento de montes de 1958. Así, por ejemplo, una curiosa disposición establece que «en todo caso que haya lugar a resarcimiento de daños, la estimación de éstos no podrá ser menor que la multa que se impusiere» (art. 194). El hecho de utilizar en este caso el importe de la multa como parámetro mínimo para la valoración de los daños creo que no hace sino subrayar la importancia que se atribuye a la faceta resarcitoria de las condenas que se imponen por las infracciones.

Pero la diferencia entre sanción y reparación es clara, puesto que «las restituciones y el resarcimiento de daños pertenecen a los dueños del monte; las multas y confiscaciones al fondo de penas de cámara» (art. 195). Incluso, más adelante, el artículo 197 dispone lo siguiente: «Los maridos, padres, madres y tutores serán responsables, no a las multas, pero sí a las restituciones, daños y perjuicios, y gastos por los delitos y contravenciones que cometan sus mugeres, hijos menores de edad y pupilos que viven en su compañía, o por sus obreros, carreteros u otros criados suyos.» Regulación, como se ve, de la responsabilidad civil subsidiaria, que lógicamente no alcanza a la estrictamente penal (53) y que deja a salvo

(53) Lo cual supone un paso adelante respecto a la situación del Antiguo Régimen, donde las consecuencias económicas de la imposición de penas trascendían el ámbito estrictamente personal. Vid. alguna referencia a la reacción que frente a ello se anuncia ya en el Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz, en Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Multas administrativas*, núm. 79 de esta REVISTA (1976), pág. 18.

«las repeticiones que se crean con derecho a hacer contra las personas de los dañadores». El mismo precepto, en fin, libera de responsabilidad a quienes prueben «que habían hecho de su parte cuanto el más diligente pudiera hacer para impedir el delito».

En segundo lugar, hay que referirse a la competencia para el ejercicio de las potestades sancionadoras y reparadoras. Estas se hallan atribuidas a los órganos de la jurisdicción penal ordinaria, Alcaldes y jueces, pero la actuación de los órganos y agentes administrativos adquiere una cierta relevancia. Ello es así, por un lado, en la instrucción del sumario, donde las denuncias y diligencias ratificadas de los empleados de la Dirección General «harán plena fe en juicio» (art. 177), especialmente cuando se trate de «delitos o contravenciones que entre la multa y el resarcimiento no exceda la pena de trescientos sesenta reales vellón» (art. 178) (54).

La intervención administrativa es aún más significativa en otro momento, en el que, además, se pone de relieve el distinto régimen de la sanción pecuniaria o multa y del resarcimiento de los daños y perjuicios. Se trata de la ejecución de las sentencias condenatorias. Dice así el artículo 200 de la Ordenanza General de Montes:

«La recaudación de las multas y confiscaciones se hará por los depositarios de Penas de Cámara, a cuyo fin dispondrá el Juez que se les hagan saber las sentencias que contengan tales condenaciones. El comisionado de la Dirección y el administrador del monte dañado cuidarán de la exacción de las restituciones, gastos, daños y perjuicios que hayan de pagar los delinquentes en los montes que estén a cargo de la Dirección General.»

(54) Por cierto que el uso continuo en las Ordenanzas de la expresión «delitos o contravenciones» permite vislumbrar que ya se tiene conciencia de la particular naturaleza de ese tipo de infracciones, contravenciones de policía, en realidad, frente a los delitos criminales, distinción ésta que irá cuajando a lo largo del siglo para dar sustantividad a la figura de la infracción administrativa. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Multas administrativas*, cit., pág. 19-20, ve en ello la pervivencia de criterios del Antiguo Régimen. Sobre esto último, vid. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, Madrid, Tecnos, 1969, págs. 212 y ss., a quien se remite el autor antes citado. Para la doctrina de la época empezaba ya a estar clara la distinción entre delitos y contravenciones. Cuando éstas afectaban a un punto de mera administración, debían ser reprimidas mediante expediente gubernativo. Para la materia concreta de montes, vid. en tal sentido el *Febrero. Jurisprudencia administrativa*, de GARCÍA GOYENA y AGUIRRE (1841-1842), en la ed. del IEAL, Madrid, 1979, pág. 152.

Esta interesante disposición (55) no viene sino a confirmar la particular naturaleza del resarcimiento de daños a los montes frente a lo que es la estricta sanción penal. Aquello que atañe más directamente a la conservación de los bienes, esto es, la reparación de los daños e indemnización de perjuicios, entra de nuevo en la competencia administrativa después de haberse pronunciado sobre ello la jurisdicción ordinaria. La actividad de ejecución recupera su carácter administrativo, que se corresponde con el título legitimador del poder de policía aplicado a la protección de la integridad de los montes públicos (56). No es de extrañar, pues, que en virtud de este título, la Administración activa hubiera de adquirir años después la propia potestad sancionadora de imponer las multas y confiscaciones y la de establecer la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados de las infracciones. A ello aludiremos más adelante.

En todo caso, las Ordenanzas de 1833 coinciden con el sistema francés en el sentido de atribuir a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las contravenciones de policía. Pero la instrucción de las diligencias a cargo de los órganos administrativos —y ahí coincide también con el régimen de las contravenciones de *grande voirie*— le asigna a la actividad sancionadora un cierto sabor «gubernativo», y más aún al aspecto resarcitorio, en cuanto a la ejecución de la condena. Es decir, que parece difícil en estos momentos poder hablar de una potestad sancionadora de la Administración en la materia de montes, pero sí es claro que hay una forma administrativa de ejercer la potestad (57), lo que, repito, es todavía más claro para la imposición del resarcimiento de daños y perjuicios.

(55) Precepto éste que sirve de buen ejemplo, por lo demás, sobre los orígenes de la ejecución administrativa de las sentencias que afectan a la Administración, antes incluso del establecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sobre la situación actual de esta institución puede verse T. FONT I LLOVET, *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Madrid, Cívitas, 1985.

(56) El artículo 205 dispone: «Lo que se recaudase por restituciones o indemnización de daños y perjuicios, entrará por de pronto en mano del comisionado de la Dirección General, quien entregará inmediatamente lo que corresponda a los interesados recogiendo sus recibos.» Tratándose de montes públicos, se entiende que los interesados son los Ayuntamientos titulares de montes propios o comunales, así como las demás corporaciones públicas.

(57) Lo mismo ocurre con una normativa coetánea, las Ordenanzas de Caza y Pesca de 3 de mayo de 1834, cuyo artículo 48 dice: «El modo de proceder de las Justicias en materia de caza y pesca será por lo general gubernativo.»

3.2. *Los poderes administrativos de conservación en otros sectores demaniales.*

En otros sectores demaniales, en cambio, la competencia de las autoridades administrativas aparece ya, por esa misma época, bastante más afirmada. En 1836 se restablece la Instrucción para el *Gobierno económico-político de las Provincias de 3 de febrero de 1823*, en la cual existe una clara atribución de la potestad sancionadora, de índole administrativa o gubernativa, a los Alcaldes y a los *Jefes Políticos (arts. 207 y 239, respectivamente)*. Ambos están autorizados no sólo para «hacer efectivas gubernativamente las penas impuestas por las leyes de policía y bandos de buen Gobierno», sino que, además, tendrán «facultad para imponer multas» hasta determinada cantidad. Pues bien, esta potestad sancionadora será inmediatamente puesta en relación con las competencias para la protección y conservación de los bienes públicos.

a) *Canales.*

Los conflictos originados a raíz de la construcción del Canal de Castilla serán la causa inmediata de la Real Orden de 22 de noviembre de 1836, que por su interés conviene reproducir en algunos de sus preceptos (58):

«1.ª Los *Jefes Políticos*, en sus respectivas Provincias, cuidarán de la observancia de las Ordenanzas, Reglamentos y disposiciones relativas a la *conservación* de las obras, *policía*, distribución de aguas para riegos, molinos y otros artefactos; navegación, pesca, arbolado, y demás adherentes de los canales, caminos, etc.

2.ª Los Alcaldes de los pueblos exigirán, en el modo y forma que dichas Ordenanzas y Reglamentos prevengan, las multas señaladas a los contraventores a consecuencia de las denuncias que ante ellos se hicieren»;

(58) Tomo la cita de GALLEGU ANABITARTE, *El Derecho español de aguas*, cit., pág. 258.

y a continuación se establece, asimismo, que quienes se consideren agraviados por la cantidad de la multa o por el comportamiento de los Alcaldes y Guardas, podrán acudir ante el Jefe Político.

Así, se puede comprobar que la conservación de los bienes públicos por excelencia en ese momento, las aguas, canales, caminos y las obras públicas, es atribución de las autoridades administrativas, a quienes se recuerda que tienen atribuidas las potestades inherentes, incluso la sancionadora, por la Instrucción de 1823 (59). Los Alcaldes actúan ahí no como autoridad judicial, sino gubernativamente, como órganos de policía, cuyas resoluciones sancionadoras son recurribles ante el Jefe Político de la Provincia.

Cuando la cuestión pasase a ser contenciosa, deberían conocer los jueces de Primera Instancia, con apelación a la Audiencia «mientras las Cortes resuelven si ha de haber Tribunales contencioso-administrativos para decidir los asuntos de esa especie» (art. 5), pero la Real Orden de 20 de julio de 1839, que en todo lo restante reitera la de 1836 antes transcrita, rescita en este punto la jurisdicción privativa correspondiente, al señalar que la apelación sería al Tribunal Supremo de apelaciones de Correos y Caminos.

Queda claro, creo, que la materia de conservación de los bienes públicos cae de lleno dentro de las atribuciones del binomio Alcalde-Jefe Político, materia típicamente administrativa que incluye en esta calificación a la potestad sancionadora ejercida por los órganos citados.

b) *Carreteras.*

Policía y conservación son, por tanto, títulos que corren unidos y que justifican la exención jurisdiccional en las actuaciones administrativas correspondientes. La preocupación por la protección de la integridad de los bienes públicos va a seguir sustentando la ampliación de la intervención gubernativa. Pocos años después, el 14 de septiembre de 1842, se publican las Ordenanzas para la Conservación y Policía de las Carreteras generales, que se aplicarían también a los ferrocarriles «ínterin se forman los reglamentos de policía de los caminos de hierro» (RO 21 de junio de 1851). Su primer artículo establece ya la prohibición de realizar cualquier tipo de obras en las bocas de las fuentes o alcantarillas y en las márgenes

(59) Vid. GALLEGO, *Administración y Jueces*, cit., pág. 136.

de los caminos, fijándose que «los contraventores incurrirán en la multa de 50 a 200 reales, *además de subsanar el perjuicio causado*». Asimismo, según el artículo 3, los colindantes a los caminos que «dejaren caer en los paseos y cunetas de aquéllos tierra o cualquier cosa que impida el libre curso de las aguas, *estarán obligados a su limpieza y reparación*».

Como se observará, destaca en estas disposiciones el objetivo reparador de los daños y resarcitorio de los perjuicios que puedan sufrir las vías públicas por la actuación particular. Se trata de preservar, en efecto, la integridad material del bien de manera que no padezca su afectación al fin público que lo califica. Todo ello concuerda, en fin, con la atribución que el artículo 16 hace al alcalde de la competencia para que los caminos y sus márgenes «estén libres y desembarazados, sin permitir estorbo alguno que destruya el tránsito público».

c) Aguas.

La relativa exclusión de la jurisdicción ordinaria en la materia que nos ocupa, que se va confirmando en la legislación de esta época, aparece igualmente en un ámbito al que ya tuvimos ocasión de referirnos al tratar de la situación bajo el Antiguo Régimen. Se trata de la singular jurisdicción de los Jurados de Riego. Sin perjuicio de que más adelante volvamos sobre ellos, no está de más recordar ahora que, en efecto, la competencia de los mismos para conocer de los daños causados a las obras de riego se ha mantenido intacta durante las primeras décadas del siglo XIX, y aún más, se puede constatar su decidida implantación en los territorios de Ultramar, donde no se contaba, por supuesto, con la tradición de origen ya medieval de la institución.

A mero título de ejemplo, puede citarse en tal sentido la Real Orden de 28 de abril de 1838, que dicta disposiciones provisionales mientras no se constituya la Junta de Riego del río Güivesal, en la isla de Cuba, y forme su propio Reglamento. El artículo 8 de esta Real Orden, entre otros extremos, atribuye al Tribunal de Acequeros la competencia sobre la conservación de las acequias, precisando el siguiente artículo que las penas que impondrá a los que causen daños en las obras destinadas al riego será el coste de la reparación, así como los perjuicios que se ocasionen a los propietarios.

La intervención de la jurisdicción ordinaria va a ser excepcional, auxiliar de la competencia del Tribunal de Acequeros: «Los jueces ordinarios, a invitación del mismo, harán efectiva, en el caso de resistencia, la reparación y perjuicios de que habla el artículo 9» (art. 12).

3.3. Sanción y reparación de los daños públicos.

En resumidas cuentas, en los años que preceden inmediatamente a la instauración de la jurisdicción contencioso-administrativa, la conservación de los bienes públicos y la reacción pública ante el fenómeno de su degradación material aparece como un buen tema-testigo en el que se reflejan nítidamente las características de todo el proceso de evolución sufrido desde el fin del Antiguo Régimen y el inicio del sistema constitucional.

Se observa, así, la pervivencia, precisamente en este campo, de algunas jurisdicciones privativas, al mismo tiempo que va tomando cuerpo el poder de policía, atribuido al nuevo eje organizativo de la Administrativa activa —Alcalde y Gobernador—, entre cuyas funciones sobresale en concreto la de conservación de los bienes públicos. Si bien en algunos sectores la jurisdicción ordinaria obtiene una importante responsabilidad, como en la materia de montes, en otros se hace patente el creciente protagonismo de la Administración activa, dotada de una suficiente potestad sancionadora.

La potestad sancionadora, a su vez, se halla vinculada con absoluta generalidad a la posibilidad de imponer el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a las dependencias demaniales, vinculación por yuxtaposición en la mayoría de los casos, pero que conceptualmente autoriza a pensar en una cierta identificación en cuanto a su fundamentación y finalidad. Valga como expresión de ello el siguiente fragmento de OLIVÁN:

«En la represión por la vía administrativa de las leves infracciones a los reglamentos y mandatos, y en la indemnización de daños ocasionados a la cosa pública, obra la Administración de un modo excepcional y tan sólo en virtud de facultades concedidas por las leyes en casos especiales y determinados. El efecto de las condenas administrativas se limita a destrucciones,

demoliciones, *restituciones y resarcimientos*. Las multas y arrestos que en algunas circunstancias impone son, también, o *una especie de reparación*, o una pena al desacato a la autoridad o un suplemento a la acción de los Tribunales en asuntos expeditivos y de menor cuantía» (60).

En estas palabras del ilustre aragonés resuenan, sin duda, las que escribiera Francisco Agustín SILVELA para explicar la potestad sancionadora de los tribunales administrativos, y que en su momento he citado. Desde un punto de vista sustantivo, también OLIVÁN sigue pensando que esa potestad represiva y reparadora pertenece a la Administración contenciosa, puesto que, para él, entre las decisiones a que da lugar la «acción jurisdiccional» de la Administración se encuentra la de:

«Reprimir en ciertos y determinados casos la violación de las leyes y reglamentos administrativos, por una facultad especial emanada de la ley o *proveer el resarcimiento de daños y perjuicios*. El negocio es también contencioso, al tenor de los juicios ordinarios en materia de simple corrección» (61).

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS EN LA LEGISLACIÓN DE 1845 Y EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX

En relación con el tema que nos ocupa, la legislación de 1845 va a *desviarse en cierta parte de los antecedentes doctrinales* —SILVELA, OLIVÁN— que se han citado. En cambio, se confirmará la tendencia, también aludida, de mantener en los órganos de la Administración activa las competencias decisorias en orden a hacer efectiva, en lo que nos atañe, la protección de los bienes públicos. Será éste uno de los puntos en que habrá de notarse el distanciamiento entre el modelo francés de justicia administrativa y de distribución de la potestad sancionadora, entre otras, y el sistema que se introduce en España.

(60) A. OLIVÁN, *De la Administración*, cit., págs. 199-200.

(61) OLIVÁN, *ob. cit.*, pág. 192.

1. *Las competencias administrativas de protección demanial y su articulación con el sistema contencioso-administrativo*

Es ya conocida la cristalización de la potestad sancionadora en manos de los Alcaldes que tiene lugar con la Ley de Ayuntamientos de 8 de enero de 1845, y con la Ley para el Gobierno de las Provincias de 2 de abril del mismo año (62). Lógicamente, así las cosas, la Ley sobre los Consejos Provinciales de esta última fecha no va a poder acoger ya el planteamiento francés sobre las contravenciones de *grande voirie* y la atribución de la correspondiente competencia al juez administrativo. La articulación de las potestades demaniales de conservación, con los efectos sancionadores y resarcitorios que vamos viendo, va a quedar, pues, excluida ya desde el primer momento de la naciente jurisdicción.

La fundamental distinción entre las cuestiones administrativas y las contenciosas va a representar en nuestra materia el respaldo definitivo de la intervención de la Administración activa. Si en Francia la reacción contra los atentados materiales a la integridad de los bienes públicos significaba una excepción a la competencia de la jurisdicción penal ordinaria en favor de la jurisdicción administrativa, en nuestro país se va a descartar esta característica para apartar tanto a una como a otra jurisdicción de este campo de intervención y mantener, y aun ampliar, la competencia administrativa.

Los títulos legitimadores de los poderes del Alcalde y del Gobernador se multiplican y extienden su eficacia rápidamente. Dominio público, obras públicas, policía urbana y rural son conceptos que se entrecruzan y justifican plenamente la actuación autónoma de las autoridades administrativas, quienes no precisarán ya del auxilio judicial y cuyas resoluciones irán revestidas de fuerza ejecutoria. Veamos algunos ejemplos que permitan concretar estas ideas.

El Decreto resolutorio de competencias de 31 de mayo de 1846 decidió el conflicto originado por la resolución de un Gobernador imponiendo la obligación de reparar los daños causados a unas obras públicas. Alegada la competencia judicial sobre la materia «civil» de la responsabilidad aquiliana o extracontractual, se resuelve finalmente la cuestión en estos términos:

(62) Sobre ello, vid. J. R. PARADA, *El poder sancionador*, cit., págs. 70 y ss.

«1.º Que estando encomendada a los Jefes Políticos la observancia de las Ordenanzas, reglamentos y órdenes superiores relativas a la conservación de obras para riegos, lo está en consecuencia la conservación misma, *así como la reparación de tales obras.*

2.º *Que la reparación de obras para riegos es un negocio puramente administrativo.»*

La calificación administrativa de la materia «conservación y reparación» de las obras públicas sirve, pues, por de pronto, para excluir la competencia de la jurisdicción civil ordinaria, pero no en favor de la jurisdicción contenciosa, sino de la autoridad gubernativa. La cuestión, en efecto, no se plantea en términos de resolución de controversia jurídica, sino de actividad ejecutiva de aplicación de las normas de policía y conservación. Obsérvese, por otra parte, que en la decisión citada no aparece ningún matiz sancionador en las atribuciones ejercidas por el Gobernador, sino más bien una normal consideración de las mismas ligada a la administración directa ordinaria relativa a la conservación material de los bienes públicos.

Si esto es así en el nivel de los bienes públicos afectados a obras generales, que caen bajo el ámbito de responsabilidad de la autoridad provincial, algo parecido ocurre en el escalón inferior, es decir, en el de la Administración municipal. Tomemos como muestra los datos que nos aporta el Real Decreto decisorio de competencias de 24 de marzo de 1852, que resuelve:

«Que siendo relativos a la policía urbana y rural los intereses lastimados por algún particular, corresponde la represión del atentado a la autoridad administrativa, y por tanto debe el Alcalde en uso de sus atribuciones, tomar por sí la providencia oportuna para impedir o reparar el daño, y no acudir al Juzgado»,

al cual había acudido el Alcalde planteando un interdicto contra el autor de los daños a un bien municipal.

De este supuesto de hecho y de la resolución correspondiente cabe retener algunas ideas interesantes. En primer lugar, no debe sorprender que el órgano administrativo haya querido utilizar la

vía interdictal para reaccionar contra un atentado a la integridad material del dominio público, puesto que este último no viene a significar otra cosa que una perturbación de la posesión pública, el uso común a que el bien en cuestión se encuentra destinado. Pero resulta que la Administración no necesita para nada de la intervención judicial, puesto que cuenta con otros títulos legitimadores que le posibilitan alcanzar el mismo fin protector del estado de hecho de uso común. Ese título habilitante no es otro que el de la policía urbana y rural, tradicional competencia municipal, que en este caso contiene los poderes de autoprotección suficientes y equivalentes a los que aportaría la vía del interdicto. En mi opinión, puede ya hablarse, pues, de una suerte de interdicto propio, vinculado a la función de policía, y destinado a obtener la reparación del daño irrogado al dominio público municipal.

En efecto, la segunda consideración que cabe plantear es la naturaleza de los poderes que se derivan del título de policía en que se funda la decisión que se comenta. En el texto transcrito se alude, por un lado, al aspecto *preventivo* —«la providencia oportuna para impedir» el daño—, pero una vez producido éste, debe ejercerse «la represión del atentado», es decir, faceta *represiva* del poder de policía. Ahora bien, queda explícito en la resolución, y éste era el sentido de la actividad administrativa que la motiva, que la reparación del daño causado queda incluida también en el poder de policía que le compete al Alcalde, por lo que hay que añadir, en fin, el aspecto *resarcitorio* o reparador a los dos ya indicados. Por cierto que tampoco en esta ocasión se ha ejercido potestad sancionadora alguna, sino que el objetivo perseguido es única y exclusivamente obtener la reparación, es decir, reponer el bien dañado en las condiciones necesarias para cumplir con su destino.

En muy pocos años, pues, se había ya confirmado plenamente la posición protagonista de los órganos de la Administración activa en el mantenimiento de la integridad material del dominio público y que ya se había manifestado con anterioridad a la creación de la jurisdicción contenciosa. Una amplia consideración del título de policía, la concreción de las facultades ejecutivas de conservación de las obras públicas, entre otros, son los argumentos conceptuales que se manejan para justificar la acción no ya represiva, sino reparadora de la Administración ante el fenómeno de los daños y atentados al dominio público.

¿Cómo se articula, entonces, el ejercicio de esas facultades con

la institución de la jurisdicción administrativa? Sin necesidad de entrar en el debate sobre la concepción originaria de la misma (63), lo cierto es que pocos años después, al menos en la materia que nos ocupa, la intervención de los Consejos Provinciales era, desde luego, revisora de las decisiones administrativas, decisiones que, además, tenían decidido carácter ejecutorio. Veamos, si no, lo que nos ofrece el Real Decreto-Sentencia del Consejo Real de 3 de marzo de 1853, en el que aparecen concentradas esas cuestiones.

El Gobernador Civil de Segovia había dictado resolución ordenando al titular de un molino que reparase el puente destruido por las aguas de su molino. El Consejo Provincial anuló la resolución del Gobernador, pero, apelada esta sentencia ante el Consejo Real, éste la revocará y decidirá, en primer lugar, confirmar la providencia del Gobernador Civil, y a continuación dispondrá:

«que Pablo Merino satisfaga las cantidades que en virtud de la Sentencia del Consejo Provincial le habían sido devueltas de las que le habían exigido para reparaciones anteriores de dicho puente».

Es decir, que se admite perfectamente que es al Gobernador Civil, y no al órgano contencioso, a quien corresponde decidir, en vía administrativa, sobre la obligación de reparar los daños causados a los bienes públicos. Cuando el Consejo Provincial llega a pronunciarse sobre la cuestión, la resolución administrativa ya ha sido llevada a efecto, como se infiere claramente del hecho de que la sentencia de aquél hubiera dispuesto la devolución al particular de las cantidades exigidas, y que, por tanto, habían sido satisfechas por el obligado con anterioridad.

Si discutida es la admisión del carácter ejecutivo de los actos administrativos para esas fechas, la eficacia de la resolución administrativa tal vez sea explicable, en cualquier caso, por otra razón más específica. Téngase en cuenta, por ejemplo, el argumento que ofrece J. R. PARADA: «No hay necesidad de recurrir al concepto

(63) Me remito a los conocidos trabajos de NIETO, *Los orígenes*, cit., y de PARADA, *Privilegio de decisión ejecutoria*, cit., y a sus respectivos trabajos posteriores, *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo*, núm. 57 de esta REVISTA (1968), págs. 9 y ss., y *Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*, núm. 59 de esta REVISTA (1969), págs. 41 y ss. Posteriormente, NIETO ha vuelto sobre la materia, aportando mayores datos y argumentos, en sus *Estudios históricos* —citados en la nota 9—, concretamente en su cap. III, págs. 143 y ss.

de decisión ejecutoria o a los medios de ejecución forzosa para explicar o para conseguir llevar a efecto decisiones de la Administración en razón a su *posición de hecho dominante sobre el dominio público*, los servicios públicos y su propia organización» (64).

Sea como fuere, las posibles ambigüedades del sistema van a quedar totalmente despejadas, en lo que a estos extremos se refiere, con la Ley sobre gobierno y administración de las Provincias de 25 de septiembre de 1863. Después del paréntesis de 1854-1856, y establecido ya en 1858 el Consejo de Estado, la citada Ley de 1863 dispone claramente que los Consejos Provinciales, como tribunales contencioso-administrativos, «oirán y fallarán las cuestiones de este orden que se susciten *con motivo de las providencias dictadas por los Gobernadores*» (art. 82), en cuya virtud decidirán, cuando pasen a ser contencioso —esto es, cuando el particular se oponga al acto ya dictado—, las cuestiones relativas a (art. 83):

«3.º A la cuota que corresponda contribuir a cada pueblo para los caminos en cuya construcción o conservación se haya declarado interesados a dos o más.

4.º A la reparación de los daños que causen las empresas de explotación en los caminos a que se refiere el párrafo anterior.

5.º A las intrusiones y usurpaciones en los caminos y vías públicas y servidumbres permanentes de todas clases (...).

8.º Al curso, navegación y flote de los ríos y canales. Obras hechas en sus cauces y márgenes y primera distribución de sus aguas para riegos y otros usos (...).

14.º A la represión de las contravenciones a los reglamentos de caminos, navegación y riego, construcción urbana o rural, policía de tránsito, caza y pesca, montes y plantíos.»

Conservación, reparación, represión: he aquí el conjunto de poderes que ostenta la Administración activa para sostener la integridad de los distintos bienes públicos y sus obras. Todas esas actuaciones administrativas señalan, a su vez, la amplitud de la compe-

(64) PARADA, *Réplica a Nieto*, cit., pág. 44.

tencia de la jurisdicción contenciosa en relación con la protección del dominio público. Siendo así que las cuestiones de derecho civil quedan reservadas a los Tribunales ordinarios (art. 84.2, por ejemplo), no queda ya lugar a dudas sobre la naturaleza administrativa, y sobre la competencia contenciosa subsiguiente, de la obligación de reparar los daños a los bienes públicos y de su legítima exigencia por vía administrativa.

Curiosamente, la cláusula de atribución de competencias que contenía el artículo 9 de la Ley de 2 de abril de 1845 ha sido ahora eliminada para ser sustituida por una detallada enumeración material que alude abundantemente, por cierto, como se ha visto en parte, a la protección del dominio público. Excepto las cuestiones de propiedad, todo el contencioso del dominio público corresponde ciertamente a la jurisdicción administrativa, en los términos vistos. Ello autoriza a pensar que no resulta exagerada, sino más bien justa, la opinión de algún autor que ha valorado el dominio público, en el siglo XIX, «como un conjunto de cosas sometidas a una jurisdicción específica de protección, la jurisdicción contencioso-administrativa» (65).

Y no sólo la jurisdicción civil, sino también la penal va quedando relegada de esta materia. Se recordará, por ejemplo, que en el sector de los montes las Ordenanzas de 1833 atribuían la potestad sancionadora y resarcitoria a los jueces ordinarios. Ahora, en cambio, las cuestiones relativas a la «represión de las contravenciones a los reglamentos... de montes y plantíos» figuran entre las que la Ley de 1863 citada atribuye a la jurisdicción contenciosa. Y es que, efectivamente, durante esos años se ha ido produciendo una notable «administrativación» de la materia forestal —a la que no son ajenos los avatares del proceso desamortizador—, que encontrará en la Ley de Montes de 24 de mayo del mismo año 1863 la base para la ulterior confirmación, en su Reglamento ejecutivo de 17 de mayo de 1865, del binomio Alcalde-Gobernador como autoridades competentes para la imposición gubernativa de las multas «y demás responsabilidades pecuniarias» que estaban previstas en las Ordenanzas de 1833, que quedan en vigor en sus extremos sancionadores materiales en lo que se refiere a los montes públicos (arts. 120 y ss. del Reglamento).

(65) La frase pertenece a GALLEGU ANABITARTE, *El Derecho español de aguas*, cit., pág. 241. Aunque se trae aquí fuera de su contexto, creo que resume bien la tendencia que se distingue a lo largo del siglo XIX.

El propio Reglamento, en su artículo 123, se remite al párrafo 14 del artículo 83 de la Ley de 25 de septiembre de 1863 para reiterar que contra las providencias de los Gobernadores, «ya penando por sí las infracciones (...) ya confirmado o agravando en grado de apelación las dictadas por los Alcaldes, sólo podrá ejercitarse la vía contencioso-administrativa ante el Consejo provincial». Es ahora, por otro lado, cuando cobra virtualidad la distinción entre delitos y contravenciones confusamente anunciada en la normativa de 1833, puesto que junto a esa competencia sancionadora y resarcitoria administrativa se reserva a los tribunales de justicia, «con arreglo a las prescripciones del Código Penal», el conocimiento «de los daños causados a los montes públicos, cuyo importe exceda de 1.000 escudos».

2. *El desarrollo de la intervención administrativa en la protección material del dominio público*

La legislación administrativa de la segunda mitad de siglo relativa a los diversos sectores del dominio público y de las obras públicas irá consolidando los poderes de la Administración para hacer efectiva la protección de la integridad material de los mismos. Con una insistencia bien significativa se contempla ya con toda normalidad la atribución, junto a la potestad sancionadora, del poder de declarar y exigir por vía administrativa el resarcimiento de los daños y perjuicios a los bienes públicos.

De esta forma parece que se refleja la conciencia de que la obligación de respetar la integridad del dominio público es en sí misma de naturaleza administrativa, es una obligación cuyo incumplimiento genera una responsabilidad reparadora singular, más vinculada al sometimiento general a las normas de policía y conservación de dichos bienes que a una concepción «dominical» del patrimonio público dañado que daría lugar a una normal responsabilidad aquiliana.

La policía es, en efecto, el título que se esgrime para fundamentar estos poderes de la Administración sobre el dominio público. Hemos visto utilizado el concepto de «policía urbana y rural» para justificar la prevención, represión y reparación de los daños originados (66), y en general, las expresiones policía de los montes,

(66) Incluso más allá del tema de los daños materiales, el artículo 136 de la Ley

policía y conservación de los caminos, etc., como los lugares en que sistemáticamente se incluyen las disposiciones relativas a la sanción y reparación de los daños al dominio público.

2.1. *Funciones de policía y conservación del dominio público.
Los problemas de su articulación práctica y dogmática.*

Naturalmente, el rápido y pragmático proceso de formación conceptual del Derecho administrativo que se viene produciendo desde las décadas anteriores hace difícil deslindar con precisión el alcance de las diversas categorías que van inspirando la articulación técnica del nuevo ordenamiento. Ello puede provocar en determinados momentos el entrecruzamiento de distintos títulos, con los consiguientes conflictos organizativos cuando cada uno de ellos legitima la actuación de un determinado órgano o cuerpo administrativo. En estos momentos históricos ello no es en absoluto excepcional, ni ofrece un excesivo interés dogmático, pero resulta interesante observar los fenómenos de este tipo en tanto que precedentes de situaciones conflictivas mucho más recientes (67).

En lo que nos interesa aquí, parece que en alguna ocasión la conservación de los bienes públicos, que normalmente aparecía unida, si no incluida, a la policía de los mismos, va a dar pie a una competencia separada. Ello sucedió, por ejemplo, en relación a los puertos, una categoría singular de dependencias demaniales en la que ya en esa época convergen títulos tan entrelazados como el dominio y el servicio público, y aun la obra pública, a los que se añaden, además, otras intervenciones específicas (68).

Durante la primera mitad del siglo XIX, los puertos estaban al cuidado de las autoridades de la Marina, siguiéndose en esto la

Municipal de 2 de octubre de 1877 denomina «aprovechamientos de policía urbana y rural» a la utilización especial o privativa del dominio público municipal. Cfr. GALLEGO, *El Derecho español de aguas*, cit., pág. 233.

(67) El paradigma lo ha constituido en los últimos tiempos la confluencia del Ministerio de Obras Públicas y el de Agricultura en el vasto campo de la protección de las aguas y sus cauces, la pesca fluvial, etc. A ello me habré de referir más adelante. Sobre los orígenes históricos de la situación, vid. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, «Problemas de organización en materia de aguas públicas», en su libro *Aguas Públicas y Obras Hidráulicas*, cit., especialmente págs. 322 y ss.

(68) Véase, con carácter general, L. COSCULLUELA, *Administración portuaria*, Madrid, Tecnos, 1973. Sobre la superposición de títulos de intervención en materia de puertos, y los consiguientes problemas competenciales entre distintos Ministerios, a que enseguida haré referencia en el texto, vid. V. COVIÁN, voz «Dominio público», en la *Enciclopedia Jurídica Española*, Ed. Seix (s. f.), tomo XII, pág. 503.

tradición de las jurisdicciones privativas del Antiguo Régimen, intensificada en este caso por la interferencia de la organización militar. La disminución del interés militar y el correlativo incremento del significado económico de los puertos sería la razón de que el Real Decreto de 17 de diciembre de 1851 decidiera asignar al Ministerio de Fomento (69) la «administración y servicio de los puertos», así como «su limpieza, conservación y obras de los mismos» (art. 1). La financiación de las competencias de conservación se basaba en la recaudación de los impuestos de fondeadero y de carga y descarga que se regulan en el mismo Real Decreto: «los productos de los impuestos de puertos se aplicarán necesariamente y con exclusión de otro objeto, a la limpia, conservación y demás obras de los puertos» (art. 7).

Pocos días después, la Real Orden de 30 de enero de 1852 desarrollaba la anterior normativa confirmando las competencias del Ministerio de Fomento, y de las autoridades provinciales, en lo relativo a «la construcción y *policía de conservación* de las obras» (arts. 1, 8 y 17). La intervención del Ministerio de Marina se reducía notablemente, quedando limitada a los denominados puertos de Guerra, como Cartagena y El Ferrol.

Pues bien, parece ser que no tardaron en verificarse constantes conflictos entre las autoridades de la Marina y los funcionarios del Ministerio de Fomento, al ser estos últimos los que manejaban el producto de los impuestos ordinarios de puertos destinados a obras y conservación de los bienes públicos. Por su parte, los Capitanes de los Puertos argüían sus poderes de policía para exigir y recaudar el importe de las indemnizaciones por los daños que causaban los particulares a las obras del puerto, cantidades que estas autoridades militares administraban por su cuenta, a pesar de ser los conceptos de reparación y conservación competencia del Ministerio de Fomento.

El conflicto no debería ser de poca entidad, ya que el Gobierno se vio obligado a dirimirlo por medio del Real Decreto de 7 de febrero de 1853 «declarando la intervención que corresponde a las autoridades de la Marina en las obras de los puertos». Esta disposición alude, en efecto, a la pugna establecida entre los Capitanes de Puertos (Ministerio de Marina) y los Ingenieros del Cuerpo de

(69) Sobre los orígenes y evolución de este importante departamento de la Administración civil, vid. A. GUAITA, *El Ministerio de Fomento, 1832-1931*, Madrid, IEAL, 1984.

Caminos, Canales, Puertos y Faros (Ministerio de Fomento), y confirma que, en efecto, a los Ingenieros corresponden las obras de *conservación y reparación*, mientras que la *Policía* pertenece al Capitán del Puerto. Conservación y policía, pues, dejan de andar unidas para venir a legitimar las competencias separadas de dos órdenes administrativos, pero ello no consigue evitar que uno y otro título sigan interfiriéndose con motivo, precisamente, de las indemnizaciones por daños derivados de infracciones de policía. Por este motivo, el artículo 12 de este Real Decreto procede a articular entre sí el ejercicio de las respectivas atribuciones, y lo hace en estos términos:

«Las sumas que representen el valor de los desperfectos ocasionados maliciosamente o por faltas en la observancia de las *prescripciones de policía* del Capitán del Puerto, después que se hagan efectivas del modo que la Ordenanza naval previene, se invertirán por el Ingeniero en la *reparación del daño causado*.»

Más allá de lo puramente anecdótico, he relatado este ejemplo porque creo que es un buen indicio de la, todavía notable en esa época, inestabilidad conceptual de que adolecen los títulos jurídicos que fundamentan los distintos poderes de la Administración. Policía, conservación, policía de conservación, asumen en cada caso un valor explicativo diverso. En lo que respecta a nuestro tema específico, el deber de respeto a la integridad material del dominio público y los consiguientes poderes públicos de ordenar el resarcimiento de los daños, se oscila entre lo que es la policía del dominio público y de su conservación y la policía de la actividad que se desarrolla sobre las dependencias demaniales.

Es éste un dilema fundamental que pervive aún en la doctrina contemporánea (70), y del que habremos de ocuparnos en su momento, pero que ya en aquella época plantea algunos problemas de sistematización que se reflejan en el tratamiento de la materia por

(70) Ello es especialmente visible en la doctrina francesa. Vid., al respecto, C. KLEIN, *La police du domaine public*, París, LGDJ, 1966; E. PICARD, *La notion de police administrative*, París, LGDJ, 1984, 2 vols., y D. LINOTTE, «L'unité fondamentale de l'action administrative ou l'inexistence de la police administrative en tant que catégorie juridique autonome», en el volumen, dirigido por el propio autor, *La police administrative, existe-t-elle?*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1985, págs. 11 y ss.

parte de los autores. Así, por ejemplo, COLMEIRO (71), refiriéndose a la policía de las «vías de servicio público» —las carreteras y caminos—, incluye en ella la *conservación* de las mismas, pero luego distingue, dentro de los poderes de conservación, una *policía de tránsito* que protege la «salubridad, seguridad y comodidad de los pueblos en su relación con la vía pública», pero que en realidad revierte en la protección material de los bienes, ya que, de acuerdo con la legislación vigente, la larga lista de prohibiciones que se establecen afectan en realidad a la conservación material, y tales prohibiciones son sancionadas «con multa y *reparación del perjuicio irrogado*» a la dependencia demanial.

Por su parte, SANTAMARÍA DE PAREDES ordena las funciones de la Administración respecto de las carreteras en actividades de servicio público —construcción y reparación— y de policía, englobando esta última dos funciones distintas: lo que denomina «conservación y reintegración de la vía pública», y ahí entran las facultades de deslinde, amojonamiento, recuperación, etc., y la «regulación del tránsito para el aprovechamiento común», que tiende a cumplir varios fines —seguridad, viabilidad, etc.— y, entre ellos, «la defensa del dominio público», así como «la conservación material del camino» —distinta, pues, de la conservación «jurídica»: protección posesoria—, señalando que para obtener esa finalidad «impónese multa y la *obligación de reparar los desperfectos*» (72). En fin, Adolfo POSADA (73) dirá que «la policía de carreteras abraza dos funciones: la de conservación y la de tránsito», pero es en la primera donde se incluye la preservación y reparación de la integridad material de la vía.

Dejando al margen las calificaciones jurídicas que merecen los distintos poderes administrativos sobre el dominio público, lo que sí queda claro es que engloban en su seno la facultad de declarar y obligar, en vía administrativa, a reparar los daños, perjuicios y desperfectos que los particulares irrogan a los bienes públicos.

(71) COLMEIRO, *Derecho Administrativo español*, cit., tomo II de la 4.ª ed., Madrid, 1876, pág. 47.

(72) V. SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo*; cito por la 5.ª ed., Madrid, 1898, págs. 510 y ss. Y, refiriéndose a los montes, el mismo autor (págs. 596 y ss.) dirá que la *policía* de los montes públicos tiene por objeto su *conservación*, protegiéndolos contra los *daños* y abusos, y que los hechos que dan lugar a multas y *responsabilidades* son los que deben evitar y reprimir las autoridades administrativas, cuyo cuidado constituye precisamente la policía. En términos parecidos, COLMEIRO, *ob. cit.*, págs. 152 y ss.

(73) A. POSADA, *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1898, tomo II, pág. 300.

Respecto a los caminos y carreteras, en concreto, esta facultad está atribuida a los Alcaldes, lo que permite pensar que más que a la titularidad de la vía, la misma se vincula a la atribución de los poderes generales de policía, ya sean éstos de conservación o de tránsito.

2.2. *Los daños al dominio público
en la legislación de la segunda mitad del siglo XIX.*

Como vamos viendo, la legislación y la doctrina de la segunda mitad del siglo pasado habían tomado plena conciencia de la importancia que revestía la protección de la integridad material de los bienes públicos como presupuesto necesario para asegurar su aprovechamiento o utilización común, y, en definitiva, su afectación al destino público que los califica. Los poderes de la Administración no se dirigen, pues, únicamente a reprimir las infracciones a las normas de utilización del dominio público, sino que la potestad sancionadora va acompañada casi siempre de la posibilidad de imponer el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, e incluso en varias decisiones se ha comprobado que estaba ausente todo matiz sancionador, estando la intervención administrativa dirigida exclusivamente a obtener la reparación de los daños. Unas últimas referencias a la legislación sectorial acabarán de completar el panorama que se ha ofrecido.

a) *La evolución de la legislación de montes.*

Por lo que se refiere a la legislación de montes, la normativa penal de las Ordenanzas de 1833, que había seguido vigente, en lo relativo a los montes públicos, tras la Ley de 1863 y el Reglamento de 1865 —que básicamente ampliaron las competencias administrativas en perjuicio de la jurisdicción ordinaria—, va a ser reformada por el Real Decreto de 8 de mayo de 1884, debido a Alejandro Pidal. Desde el punto de vista de la regulación sustantiva, conviene señalar que esta disposición consolida ya definitivamente la doble responsabilidad sancionadora y reparadora que se deriva de toda infracción a la policía de los montes públicos. «En todo caso abonará el valor de los daños y perjuicios que hubiere causado», «además indemnizará los daños y perjuicios», «además del resarcimiento de

daños y perjuicios», «abonando además los daños y perjuicios», «se hará efectivo también el importe de los daños y perjuicios»; son las expresiones que se suceden con insistencia a lo largo de los preceptos que regulan las multas correspondientes a cada infracción (arts. 1 a 39).

El objeto de protección de esta legislación penal de montes es primordialmente la integridad material; es, en sustancia, una normativa que persigue, antes que nada, los *daños* a los montes públicos, los cuales toman relevancia frente a las demás infracciones, como se deduce, por supuesto, de la tipificación material de éstas, pero también de la redacción misma de los preceptos relativos a otros extremos. Así, el artículo 41:

«La Guardia Civil, los empleados de montes y los guardas locales denunciarán ante las autoridades competentes *todo daño causado en los montes públicos*, y cuantas infracciones de las leyes, reglamentos y demás disposiciones vigentes del ramo se cometieren.»

Igualmente, el artículo 46: «De todos los daños que se notaren en los montes públicos... se formulará por escrito la correspondiente denuncia...» Parece, pues, en definitiva, que el mero hecho de causar un daño material a los montes públicos constituye de por sí una infracción que es objeto a la vez de multa pecuniaria y de imposición de la indemnización por daños.

Evidentemente, existe una íntima relación entre la multa y el efecto indemnizatorio. La graduación del importe de aquélla se hace depender en ocasiones del valor de los daños y perjuicios ocasionados (arts. 1, 14, etc.). Pero está claro que se trata de instituciones distintas, lo que se nota en la detallada regulación de la obligación resarcitoria. Así, el artículo 12 establece que «la obligación de reparar el daño e indemnizar los perjuicios se transmite a los herederos del responsable», puesto que, según el artículo 20,

«la responsabilidad civil de reparar los daños e indemnizar los perjuicios se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas de Derecho Civil»,

no afectándole, por tanto, la prescripción de un año que se prevé para las multas en sentido estricto (art. 19).

Por otra parte, las multas deben satisfacerse en papel de pagós al Estado (74), mientras que «el resarcimiento por daños y la indemnización de los perjuicios se satisfarán en efectivo metálico, ingresando en las arcas del Tesoro, de los Ayuntamientos o de las corporaciones a quienes pertenezca el monte» (art. 63). Por supuesto, la competencia para conocer de las denuncias, imposiciones y exacción de las «multas y demás responsabilidades» corresponde a los gobernadores civiles y a los Alcaldes, a excepción del caso de los daños causados a los montes públicos cuyo importe exceda de 2.500 pesetas, en cuyo caso intervendrá la jurisdicción penal (art. 40).

b) *Obras públicas y protección de los bienes públicos.*

En otros sectores demaniales se observan igualmente las características de la intervención protectora de la administración que vamos señalando. Ello alcanza incluso a los aprovechamientos y a las obras públicas otorgadas en concesión a particulares, que siguen sujetos al régimen de protección demanial de los bienes, por lo que puede afirmarse que nos encontramos ante una tendencia absolutamente generalizada encaminada a preservar sobre todo, como vengo diciendo, la integridad material de la cosa pública. Por ello no sorprende en absoluto la minuciosa regulación que contiene, por ejemplo, la Ordenanza de los guardas del Canal de Urgel y de la policía y conservación del mismo, aprobada por Real Orden de 17 de mayo de 1862.

En los artículos 38 y siguientes de la citada Ordenanza se fijan las multas por infringir las prohibiciones de introducción de carruajes o ganados en los terrenos del canal, correr con caballerías, amontonar materiales que puedan ir al cauce o cajeros, realizar excavaciones, etc., y se dispone expresamente que esas multas se satisfarán «además de pagar el daño», o de «subsanan el perjuicio causado». Incluso cuando se prevé la intervención de la jurisdicción penal, la indemnización de los daños mantiene su régimen propio. Lo vemos en el artículo 48, que dispone que el que sustrajere agua «violentando cerraduras, compuertas (...), además de satisfacer en metálico el daño que hubiese ocasionado, quedará sujeto a la for-

(74) Sobre la introducción a partir de 1848 de la técnica del papel de pagos como criterio de racionalización en la percepción de las multas, vid. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Multas administrativas*, cit., págs. 48 y ss.

mación de causa» (75). Se persigue, pues, la inmediatez de obtener la reparación de los daños, que corresponde imponer al Alcalde.

Efectivamente, ello se confirma en el artículo 56 de la propia Ordenanza. Por un lado, establece que el importe de las multas que se satisfarán en papel de pagos, se destinará, por tercios, al denunciador, a los fondos del común del pueblo del Alcalde que ha recibido la denuncia, y a la *conservación* del Canal. Por otra parte, el mismo precepto dispone que

«la indemnización de los daños a que además de las multas obliga la presente Ordenanza, tendrá siempre lugar en metálico en manos de la Autoridad, ante la cual se haya verificado la denuncia»,

la cual notificará el importe al guarda del canal para que lo comunique al aparejador de la sección del canal correspondiente a fin de que «acuda a dicha Autoridad a encautarse mediante recibo del importe de la indemnización». En definitiva, puede concluirse que la Administración no pierde en estos casos sus potestades ordinarias relativas a la policía y conservación de los bienes públicos.

Como vemos, la interposición de la figura del concesionario no significa ningún obstáculo para que la integridad material de los bienes afectos a la obra pública siga siendo objeto de la acción tutelar de la Administración. Pero, al mismo tiempo, el propio concesionario, a pesar de su especial título jurídico, no quedará exento del deber general de respetar las titularidades no incluidas en la concesión. La tradicional cláusula «sin perjuicio de tercero» desplegará sus efectos no sólo para dejar a salvo los derechos adquiridos por otros particulares, sino que también permitirá proteger los derechos públicos que eventualmente puedan resultar afectados por la actividad del concesionario.

Aunque se contemple casi de pasada, a la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, aún vigente en buena parte, no se le escapa la necesidad de prever una eventual irrogación de daños al dominio público por parte del concesionario. Así, el artículo 101, relativo a las concesiones de obra pública con ocupación de dominio público, establece que:

(75) Esta infracción perdería su carácter penal en el posterior Reglamento del Canal de 24 de agosto de 1864, cuyo artículo 210 la castiga con multa sin formación de causa y «sin perjuicio de satisfacer en metálico el daño que hubiese ocasionado».

«En todo caso, estas concesiones se entenderán siempre hechas sin perjuicio de tercero y dejando a salvo los derechos adquiridos. El concesionario será, por consiguiente, responsable de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la obra a la propiedad privada o a la parte de dominio público no ocupada.»

Alusión incidental, ésta, que, no obstante, consigue reflejar bien la preocupación por delimitar el ámbito de cobertura del título concesional, que lógicamente no alcanza a aquellos bienes que quedan fuera de la autorización de ocupación incluida en la concesión. Estos siguen protegidos en su integridad material frente a los daños y perjuicios que el titular de un derecho administrativo les pueda ocasionar si se extralimita de las facultades para las que se encuentra habilitado.

c) *La legislación de aguas. Resarcimiento de daños y jurisdicción de los Jurados de riego.*

Enlazando, por razón de la materia, con lo que se acaba de comentar, procede referirse por último a la legislación general de aguas, legislación que señala, en el último tercio de siglo, el relevante lugar que ocupa la ordenación y protección de este recurso dentro de la preocupación administrativa de la época. No voy a ocuparme con detalle de toda la evolución normativa que tiene lugar ya desde la década de los cincuenta y de su posterior trayectoria, sino que aludiré únicamente, como he hecho con los otros sectores demaniales estudiados, a los puntos relativos a la protección del bien público en cuestión y a los poderes de la Administración predispuestos a tal fin (76).

Entre los antecedentes de la Ley de Aguas de 1866, cabe señalar la atención que le dedica a nuestra materia el Proyecto de Código de las Aguas de Cirilo FRANQUET. Ya en la Memoria que justifica el Proyecto, su autor establece la delimitación, dentro de lo que es la Policía de las aguas, entre las cuestiones que son objeto de regu-

(76) Me remito, por lo demás, al conocido estudio de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *La Ley de Aguas de 1866*, cit., y al de GALLEGU ANABITARTE, *El Derecho español de aguas*, cit., así como al trabajo de A. MENÉNDEZ REXACH, *La Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y la evolución posterior*, incluido en el mismo libro colectivo que el anterior, vol. I, págs. 423 y ss.

lación penal, con «aplicación de las Penas del Código», de aquellas otras en que actúa la Administración en virtud de poderes propios. En relación con estas últimas, FRANQUET escribe:

«Se declara atribución de la Administración, todo lo relativo a la navegación fluvial (...), *la responsabilidad* de los patrones, capitanes y maquinistas, *el modo de indemnización de los daños que causen*» (77).

Pero es en el propio Proyecto donde con toda claridad aparece establecida la doble responsabilidad que origina cualquier infracción. Por de pronto, en las infracciones castigadas penalmente (arts. 402 a 405) se recuerda que los infractores estarán sujetos, además, a la responsabilidad civil. Y en relación a las infracciones administrativas, el artículo 407 establece una regla de carácter general del siguiente tenor:

«Los contraventores a las disposiciones de esta ley sobre distancias, servidumbres y obligaciones que impone a los dueños de los predios ribereños, compañías concesionarias, dueños y usuarios de las aguas, faltando a los reglamentos de la Administración, ordenanzas y bandos para la policía y seguridad de la navegación fluvial, y de los riegos, artefactos y demás aplicaciones de las aguas, *serán castigados con la multa* de tres a diez duros, según la gravedad o circunstancias de la transgresión y de sus autores y cómplices, cuando no hubiere marcada pena especial, y *siempre con la indemnización de daños y perjuicios.*»

En la dicción literal de este proceso parece percibirse un cierto matiz sancionador en la imposición de la obligación resarcitoria. No sé habla aquí de estar «sujetos a la responsabilidad civil», como hace el artículo 405 al referirse a los delitos de carácter penal, sino de ser «castigados con la multa... y siempre con la indemnización de daños y perjuicios». La diferencia terminológica, que tal vez sea trivial, acaso venga a reflejar la conciencia de que la responsabilidad civil es, efectivamente, una cuestión civil que compete a los tribu-

(77) El texto de la Memoria y el del Proyecto son accesibles a través de la edición de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *La Ley de Aguas*, cit. La frase transcrita, en pág. 67.

nales, mientras que, admitida ya normalmente la potestad sancionadora de la Administración, puede vincularse más fácilmente a ella la obligación resarcitoria, pero sin emplear la expresión privatista de responsabilidad civil, sino la más neutra, y por ello trasladable al ámbito de los poderes administrativos, de «indemnización de daños y perjuicios» (78).

Sea como fuere, el caso es que la Administración, en uso de sus poderes de policía sobre las aguas públicas, exige directamente la doble responsabilidad, sancionatoria y resarcitoria, a los infractores. Responsabilidad esta última que es de naturaleza ciertamente distinta de la estrictamente punitiva, puesto que el propio Proyecto se cuida de prever sólo para ella el régimen de la responsabilidad subsidiaria: «Los concesionarios *responderán siempre al Estado* y a los particulares de los *daños y perjuicios* causados por los empleados de su elección y dependencia» (art. 431).

El posterior Proyecto de Ley de Aguas de RODRÍGUEZ CEPEDA será menos explícito en cuanto a las potestades administrativas que nos interesan. Únicamente se prevé la genérica potestad sancionadora de la Administración «en todo lo relativo a aguas», pero incluso esta facultad se trata con absoluta desconfianza, puesto que le es reconocida solamente «mientras las leyes orgánicas de la Administración civil confieran a las autoridades administrativas la facultad de imponer y exigir gubernativamente las multas en que incurran los infractores de ordenanzas y reglamentos», y estando excluida, además, respecto de las infracciones sometidas al fallo de los Jurados de Riego.

La Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866 vino a coincidir plenamente con el Proyecto de RODRÍGUEZ CEPEDA en cuanto a la escasa atención que ambos textos dedican al contenido de los poderes de policía administrativa para proteger las aguas públicas. El artículo 257 se limita a remitirse a las disposiciones que deberá dictar el Gobierno «fijando las penas pecuniarias con que deben ser castigados los infractores». Pero también coinciden la Ley y el Proyecto

(78) Resulta también curiosa la expresión utilizada por el artículo 59 de la Ley de Minas de 6 de julio de 1859, cuando dispone, ante la eventualidad de que los dueños de minas cortasen o distrajesen aguas en curso para riegos o abastecimiento de poblaciones, que «se repondrán las aguas en su antigua corriente, *con reparación de daños y perjuicios y con responsabilidad civil*, y en su caso criminal». ¿Podría entenderse que la responsabilidad civil se refiere a los daños causados a particulares, y la reparación de daños y perjuicios, cuando los sufre la Administración? ¿Qué otro significado cabría atribuir a esa reiteración, o distinción, del precepto transcrito: reparación de daños y perjuicios, responsabilidad civil?

en otra cuestión que tiene interés para nosotros. Me refiero a la regulación de la jurisdicción de los Jurados de Riego.

Durante las décadas anteriores, los Jurados de Riego habían sido reiteradamente confirmados en sus atribuciones. Entre muy variadas disposiciones (79), destaca el conocido Real Decreto de 15 de marzo de 1849, que, al resolver el conflicto entre el Alcalde de Cintruénigo y los Tribunales de aguas de Tudela y Corella, recuerda que éstos «se limitarán a conocer en materia de policía de las aguas y en cuestiones de hecho entre los inmediatamente interesados en el riego» (80). ¿En qué consiste esta competencia de los Jurados de Riego? El propio Real Decreto precisa:

«Considerando que no entendiendo los Tribunales de aguas sobre derechos, ni faltas y delitos, los asuntos sometidos a su jurisdicción son de aquellos que por su corta entidad sólo merecen una ligera represión, consistente generalmente en el resarcimiento del daño y una pequeña multa.»

Observamos en el texto transcrito que se mantiene la tónica de reconocer a los Jurados de Riego la doble potestad sancionadora y resarcitoria que ya desde el siglo XVIII se les venía atribuyendo, especialmente para proteger la integridad de los bienes comunes (acequias y elementos auxiliares). RODRÍGUEZ CEPEDA va a recoger esta tradición, y así, ya en el informe que acompaña al texto articulado que presenta a la Comisión indica que en el mismo se prescribe la creación general de los Jurados de Riego «para fallar verbal y ejecutoriamente sobre las infracciones de las ordenanzas y reglamentos y en lo relativo a la distribución, uso y aprovechamiento del agua o daños causados en su obras» (81).

(79) Cfr., por ejemplo, RD de 13 de abril de 1845, que aprueba las Ordenanzas de la acequia real del Júcar; RD de 10 de junio de 1847, sobre el sindicato de riegos de Lorca; RD de 27 de octubre de 1848, declarando subsistentes los Tribunales de aguas, que, por cierto, los califica como «juzgados privativos»; RD de 11 de enero de 1853, que aprueba el Reglamento para el Sindicato General de riego del río Turia.

(80) Sobre la virtualidad de esta famosa cláusula, véase el amplio tratamiento de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La fórmula «cuestiones de hecho» como delimitadora de la competencia de los Jurados de Riego*, núm. 65 de esta REVISTA (1971), págs. 159-234; especialmente, para la disposición citada, págs. 203 y ss. Vid. también las referencias al citado Real Decreto de 15 de marzo de 1849 en NIETO, *Sobre la tesis de Parada*, cit., pág. 23. Entre los autores de la época, vid., entre otros, los comentarios de P. DÍAZ CASSO: a las *Ordenanzas y costumbres de la huerta de Murcia*, de 1849, en su edición de 1889, y reeditadas por su Junta de Hacendados en 1969, págs. 130 y ss.

(81) Vid. el texto del Informe reproducido en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *La Ley de Aguas de 1866*, cit., pág. 173 para la frase citada.

Y, efectivamente, el artículo 422 del texto que presenta nuestro autor declara que las atribuciones de los Jurados, en cuanto al punto que nos interesa, «se limitarán a fallar sobre (...) daños causados en los azudes, cajeros partidores y demás obras de riego, y a imponer las penas marcadas» en las Ordenanzas. Estas penas, según el artículo 424, «consistirán únicamente en una *indemnización pecuniaria* en favor del perjudicado si fuese persona determinada, o de los *fondos comunes* si no lo fuese».

Esta última expresión pasaría al artículo 293 de la Ley de 1866, mientras que la Comisión había introducido en el artículo 422 del proyecto citado la fórmula «cuestiones de hecho» que su autor había omitido, y con ella pasaría al texto de la Ley (art. 292). En todo caso se mantiene la competencia de los Jurados para imponer el resarcimiento de los daños causados en los elementos comunes adscritos al riego, si bien, como ha señalado Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, se denota un cierto recelo hacia la posibilidad de que los Jurados puedan imponer otro tipo de penas, puesto que el artículo 293 de la Ley insiste, en efecto, en que las penas «consistirán *únicamente* en indemnizaciones pecuniarias» (82).

A nuestros efectos, lo que importa destacar es el hecho de que en esa época se mantenga una jurisdicción «privativa», y precisamente en el ámbito del dominio público, con una función de policía y de protección y conservación del mismo, imponiendo el resarcimiento de los daños sufridos por él, pero sin poder ejercer una potestad sancionadora en sentido estricto con imposición de penas en concepto de multa o castigo. Lo que se persigue una vez más es, pues, sobre todo, la reparación de los daños a la integridad material de los bienes.

Pero, curiosamente, la Ley de Aguas de 1879 había de alterar, casi insensiblemente, la fórmula alterada utilizada por su predecesora para definir la naturaleza de las condenas que podían imponer los Jurados de Riego. Junto al conocimiento de las cuestiones de hecho que se susciten sobre el riego entre los interesados, corresponde a los Jurados, según la nueva Ley, «imponer a los infractores de las Ordenanzas de riego las *correcciones* a que haya lugar con arreglo a las mismas» (art. 244). ¿Cuál sería el contenido y el significado de tales correcciones? El artículo 246 se refiere directamente a ellas,

(82) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La fórmula*, cit., pág. 179; el autor también repara en el artículo 292, que comienza: «sus atribuciones *se limitarán...*».

disponiendo que «*las penas que establezcan las Ordenanzas de riego por infracciones o abusos (...) serán pecuniarias*».

Si se compara la redacción de este último precepto con la del artículo 293 de la Ley de 1866, se puede observar enseguida que ha desaparecido el tono receloso y limitador que éste destilaba: se suprime el «únicamente» y se silencia que la naturaleza de las penas es de «indemnizaciones». Si las diferencias entre ambos textos pueden parecer triviales, lo cierto es que con la nueva fórmula utilizada se abre paso a una ampliación de las atribuciones de los Jurados, en cuanto autoriza a pensar que sus poderes de corrección por infracciones de policía y daños a las obras de riego son capaces de exceder de la estricta reparación o indemnización y permitir así el ejercicio de una verdadera potestad sancionadora.

Y, en efecto, esta interpretación extensiva fue la que se impuso rápidamente. Buena muestra de ello la encontramos en los textos de los modelos de Ordenanzas y Reglamentos de Sindicatos y Jurados de Riegos, aprobados por la Real Orden de 25 de junio de 1884. El capítulo V del modelo de Ordenanzas se titula ya, significativamente, «De las faltas y de las indemnizaciones y penas», con lo que se anuncia ya la posibilidad de que los Jurados estén habilitados para exigir una doble responsabilidad a quienes causen daños en los bienes adscritos al riego. Esta impresión se confirma inmediatamente cuando, después de una minuciosa tipificación de las infracciones «por daños a las obras» y de una cláusula general que incluye cualquier perjuicio ocasionado a la Comunidad o a sus miembros (art. 37), se dispone en el artículo 39 que:

«Las faltas... las juzgará el Jurado... y las corregirá... imponiendo a los infractores *indemnización de los daños y perjuicios* que hayan causado a la Comunidad, o a uno o más de sus partícipes... y *una multa además por vía de castigo*, que en ningún caso excederá del límite establecido en el Código Penal para las faltas.»

Queda claro, pues, que la jurisdicción de los Jurados de Riego adquiere una función sancionadora que se añade a la ya admitida de exigir indemnizaciones por daños, función sancionadora que aparecía contemplada casi de pasada en el Real Decreto de 15 de marzo de 1849 —«una pequeña multa»—, pero que había sido recha-

zada totalmente por el Proyecto de RODRÍGUEZ CEPEDA y por la Ley de 1866.

El modelo de Reglamento para Jurados de Riego que aprueba la misma Real Orden de 25 de junio de 1884 expresa a la perfección la conciencia de que multa e indemnización responden a naturalezas diversas, considerando siempre por separado ambos conceptos. Veamos algunos de sus preceptos. El artículo 14 establece:

«El Jurado podrá imponer a los infractores de las Ordenanzas las multas prescritas en las mismas y la indemnización de los daños y perjuicios que hubieren ocasionado a la comunidad o a sus partícipes o a una y a otros a la vez, clasificando los que a cada una correspondan con arreglo a la tasación.»

Por su parte, el artículo 16, al regular la obligación de consignar por escrito las faltas del Jurado, especifica que habrán de detallarse

«los artículos de las Ordenanzas que se hayan aplicado y las penas o correcciones impuestas, especificando las que sean en concepto de multas y las que se exijan por vía de indemnización de daños...».

Igualmente, el siguiente artículo 17 dispone la obligación del Jurado de comunicar sus resoluciones al Sindicato, especificando

«la clase de corrección, esto es, si sólo con multa o también con la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el infractor; los respectivos importes de unas y otras, y los que por el segundo concepto correspondan a cada perjudicado, sea únicamente la comunidad, o uno o más de sus partícipes, o aquélla y éstos a la vez».

En fin, en cuanto a la ejecución de los fallos condenatorios, el artículo 18 indica que

«el Sindicato hará efectivos los importes de las multas e indemnizaciones impuestas por el Jurado (...) y procederá a la distribución de las indemnizaciones (...) entregando o poniendo a disposición de los partícipes

la parte que respectivamente les corresponda, o ingresando, desde luego, en la caja de la comunidad el importe de las multas e indemnización que el Jurado haya reconocido».

Con la reproducción de todos estos preceptos podemos darnos perfecta cuenta de la insistencia con que se contempla la distinción entre lo que es la estricta multa como sanción y lo que es la condena a indemnizar por daños y perjuicios. El reconocimiento de la potestad sancionadora a los Jurados de Riego no es obstáculo, sin embargo, para que se preste una atención mayor a los aspectos resarcitorios de sus fallos, habida cuenta, además, que el contenido material de las infracciones que están habilitados para corregir consiste, en la mayoría de los casos, en la irrogación de daños a las acequias y a las demás obras útiles para el riego (83).

En definitiva, lo que más interesa retener de todo ello es el dato ya señalado de la facultad de los Jurados para conocer verdaderas cuestiones de derecho, más allá de la estricta limitación formal a las cuestiones de hecho (84), declarando, en efecto, derechos y responsabilidades, y, más en concreto, el derecho de la propia Comunidad a ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos. Atribución ésta que se vincula más directamente a los poderes de policía sobre las aguas públicas y sus aprovechamientos, con lo que de nuevo aparece la conservación de los bienes públicos como un singular título habilitante de las potestades administrativas.

V. RECAPITULACIÓN. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS DAÑOS AL DOMINIO PÚBLICO

La panorámica histórica que he intentado ofrecer en este capítulo no es, como se habrá notado, completa en extensión ni en

(83) Incluso se tienen en cuenta las conductas que, sin representar unos daños materiales directamente apreciables, representan un perjuicio para la Comunidad. Así, el artículo 40 del modelo de Ordenanzas establece lo siguiente: «Cuando los abusos en el aprovechamiento del agua ocasionen perjuicios que no sean apreciables respecto a la propiedad de un partícipe de la comunidad, pero den lugar a desperdicios de aguas o a mayores gastos para la conservación de los cauces, se valorarán los perjuicios por el Jurado, considerándolos causados a la comunidad, que percibirá la indemnización que corresponda.»

(84) Lo que se admite por la generalidad de la doctrina. Vid., por todos, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La fórmula*, cit., y A. GUAITA, *Derecho Administrativo, Aguas, Montes, Minas*, Madrid, Cívitas, 1982, pág. 185.

profundidad. Tampoco radica en ella el punto central de nuestra temática como para justificar un análisis más detallado. Pero, en mi opinión, la visión que se ha podido obtener sí es lo bastante amplia como para captar los rasgos principales que caracterizan todo ese proceso evolutivo, que debe ser contemplado, además, como el precedente del actual ordenamiento al que habrá de dedicar mayor atención, aunque, insisto, no he pretendido ofrecer únicamente unos «antecedentes», sino el análisis de un fenómeno que tiene un valor explicativo por sí mismo. A título de somera recapitulación pueden reseñarse ahora brevemente algunas de las ideas más significativas que han ido apareciendo a lo largo del estudio histórico precedente.

En el sinuoso camino de la formación del Derecho administrativo, el dominio público juega una función capital como «motor inicial del proceso de construcción dogmática» de la nueva disciplina (85). El dominio público, en efecto, es uno de los primeros títulos habilitantes que van a justificar la atribución de poderes de intervención a la Administración.

Con independencia de la debatida configuración conceptual de la titularidad que esgrime la Administración sobre el dominio público —hasta mediados del siglo XIX no se percibirá con algo de claridad la introducción en nuestro país del esquema conceptual del Código Civil francés—, al margen, digo, de esta cuestión, lo que resulta innegable es que la naciente Administración ostenta determinados poderes de imperio que ejerce sobre los bienes públicos que inciden, lógicamente, en la posición de los ciudadanos que entran en relación con ellos. Junto a un eventual dominio eminente del Estado sobre los bienes que habrán de integrar la categoría del dominio público —título el del dominio eminente que desde el Estado absoluto va a pervivir en las primeras fases del Estado constitucional—, adquiere singular fuerza el título de la policía —ajeno a toda concepción dominical— para fundamentar las potestades administrativas en orden a la regulación del uso y a la protección y conservación de los bienes de dominio público.

Será precisamente la conservación y protección de la integridad de los bienes públicos una de las materias que más van a caracterizar la formación y configuración de importantes instituciones ad-

(85) T. R. FERNÁNDEZ, *Las obras públicas*, cit., pág. 2430, quien recoge lo ya asentado por VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, cit., págs. 137 y ss.

ministrativas. Con claros precedentes en las últimas épocas del Antiguo Régimen —institución de autoridades privativas, atribución a las mismas de potestades materialmente jurisdiccionales, etc.—, ya desde los primeros momentos de la reconducción napoleónica de las estructuras derivadas de la Revolución se observa la dispensa de un trato especial a las funciones de protección de los bienes públicos. El decisivo fenómeno de la exención jurisdiccional es, como se ha visto en su momento, absolutamente singular en lo que se refiere a la atribución de la potestad sancionadora, mantenida en bloque en la jurisdicción ordinaria, excepto precisamente aquella que tiene por objeto la protección del dominio público, que pasa a la jurisdicción administrativa.

En España la solución va a ser más radical. Fracasado en este punto el intento de trasladar a nuestro ordenamiento el sistema francés, será la propia Administración activa la que irá asumiendo todas las potestades necesarias para mantener la integridad de los bienes públicos frente a la actividad lesiva de los particulares, llegándose, en fin, a una exclusión completa de la intervención de la jurisdicción ordinaria sobre la materia. La consolidación de la posición jurídica singular de la Administración para defender por sí sus propias titularidades se teje, en gran parte, a partir de los poderes que pueden calificarse de demaniales. Más en concreto, el desarrollo de la potestad sancionadora de la Administración encontraría en la necesidad de proteger los bienes públicos uno de sus fundamentos más efectivos, de manera que la conexión entre potestad sancionadora y policía y conservación del dominio público se presenta con una singular intensidad ya desde sus primeras manifestaciones.

Ahora bien, también desde sus propios orígenes, el contenido de esta potestad sancionadora ofrece un significado característico. *No se persigue únicamente la represión, ni siquiera primordialmente, sino que se pretende antes que nada obtener la reparación de los daños causados a los bienes públicos.* Este extremo, que resulta del mayor interés dogmático, aparece con toda nitidez en el ordenamiento francés a través del régimen de la *grande voirie*, pero también en el sistema español cristalizará una permanente relación entre sanción administrativa e indemnización o resarcimiento de los daños y perjuicios causados a los bienes públicos.

Así las cosas, la Administración no sólo podrá prescindir de la intervención de la jurisdicción penal para sancionar las infracciones

a la policía demanial, sino que quedará también exenta de acudir a los tribunales civiles para declarar, y hacer efectivo, su derecho a ser resarcida por los daños sufridos en sus bienes. La autoprotección administrativa de sus derechos demaniales es, pues, absoluta en lo que respecta a la preservación de la integridad material de los mismos, lo que no alcanza, en cambio, a otros contenidos de la titularidad demanial. Como consecuencia de ello, debe admitirse que *al ordenamiento administrativo no le interesa tanto proteger la atribución del título dominical de los bienes públicos como mantener su utilidad pública, cifrada en la afectación, para lo cual resulta imprescindible que tales bienes conserven en todo momento las condiciones materiales de integridad que hacen posible aquella utilidad.*

De resultas del reconocimiento a la Administración de las facultades de declarar y exigir indemnizaciones por daños a sus bienes, con la consiguiente exclusión del orden jurisdiccional civil, se plantea entonces la cuestión de dilucidar cuál es la naturaleza de la obligación resarcitoria, esto es, si el ordenamiento la sigue considerando como un supuesto normal de responsabilidad civil extracontractual, o bien si por el hecho de haber sido originada por la irrogación de un daño a una titularidad pública, tal obligación va a obedecer a un fundamento y a un régimen distinto o singular. Y, en cualquier caso, ¿cuál es el fundamento dogmático, aparte de conocer sus raíces históricas, de esa peculiar potestad administrativa? ¿De qué manera es ejercida? De todas estas cuestiones van a ocuparse las sucesivas fases de este estudio.

