

EL DOMINIO PÚBLICO NATURAL Y LA LEGISLACION DE COSTAS

Por

JOSÉ LUIS MEILÁN GIL
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de A Coruña

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LIMITACIONES AL DOGMATISMO DE LA TESIS DEL DOMINIO PÚBLICO NATURAL COMO NECESARIO.—3. ACOGIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA TESIS DEMANIAL NECESARIA.—4. INCONSISTENCIA DE LOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DE LA TESIS.—5. LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL DEL DOMINIO PÚBLICO NATURAL: UN EQUÍVOCO.—6. EL DOMINIO PÚBLICO DEL ARTÍCULO 132 DE LA CONSTITUCIÓN.—7. EL DOMINIO PÚBLICO NATURAL EN LA LEY DE COSTAS Y SU REGLAMENTO: 7.1. *Los «enclaves privados» en el espacio demanial marítimo.* 7.2. *La determinación del dominio público marítimo-terrestre.*—8. REFLEXIÓN CONCLUSIVA.

1. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, el artículo 132 de la Constitución de 1978 se refirió, por primera vez en la historia del constitucionalismo español, al dominio público y a los principios de su régimen jurídico (1). Lo que anteriormente figuraba en el Código Civil y en leyes como la del Patrimonio del Estado o la propia Ley de Costas de 1969 se consagra al máximo nivel normativo. La ausencia de un amplio debate sobre el apartado 2 del citado artículo revela el consenso que existió sobre la constitucionalización de dicha materia. En su momento he tratado esta cuestión (2).

Ese salto de escala indujo a algún sector de la doctrina a aprovechar la ocasión para revalidar tesis anteriores definidoras de lo que

(1) El artículo 132 de la CE dice:

«1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.

2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.»

(2) *El concepto de dominio público marítimo-terrestre en el Proyecto de la Ley de Costas*, «REDA», 59 (1988), págs. 372-376.

denominé «corriente absolutista del dominio público marítimo-terrestre», tan llena de buena intención como de *auctoritas* y de ceguera para la realidad y que se había manifestado minoritariamente en unos célebres dictámenes del Consejo de Estado de 1963 (3).

Para decirlo con palabras del Consejo de Estado, esa tesis, del «carácter absoluto», «atribuye con carácter *necesario* la zona marítimo-terrestre al dominio público inherente al Estado». En consecuencia, los artículos 7, 8 y 9 de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 —coincidente con la de 7 de mayo de 1880— para ese consistente sector doctrinal no regulaba el demanio, sino servidumbres y en ningún caso reconocían propiedades privadas en ZMT sino otros derechos compatibles con la calificación de aquélla como dominio público.

El carácter *necesario* del dominio público era interpretado por la doctrina referida y por el Consejo de Estado como equivalente a dominio público *natural*. En ese sentido se decía en uno de los citados dictámenes:

«El dogma relativo al carácter demanial necesario de toda la zona marítimo-terrestre, lo que implicaría la exclusión *a radice* de toda posibilidad de propiedad privada sobre la misma, y que únicamente cabe basar en la inclusión de la zona marítimo-terrestre en el dominio público natural, así como en la aplicación de los conceptos relativos al mismo, con un rígido criterio, se encuentra absolutamente en disonancia con los hechos que la realidad pone de relieve...»

El intento de convertir aquella doctrina en Derecho positivo no prosperó con ocasión de la Ley 28/1969, de 26 de abril, de Costas, que fue, por ello, acerbamente criticada por seguir reconociendo la existencia de «terrenos de propiedad particular enclavados en las playas y zona marítimo-terrestre». Esos preceptos y los fallos de las sentencias del Tribunal Supremo congruentes con ellos fueron juzgados como absolutamente contradictorios «con el carácter de demanio natural de la zona litoral», afirmándose también que «si prevalece la tesis contraria a la que defendemos (como *de hecho* ha prevalecido, según veremos en la reciente Ley de Costas), si se extiende la opinión manifestada en el Pleno del Consejo de Estado, la Administración estaría en una flagrante inferioridad en relación con los particulares» (4).

(3) *Ibidem*, págs. 363-372.

(4) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, tomo I, Madrid, 1981-82, págs. 154 y 156, corregidos y puestos al día por SÁNCHEZ MORÓN.

Esa ocasión pareció que había llegado con la Constitución de 1978. El «en todo caso» de su artículo 132.2 referido a la calificación de dominio público estatal de «la zona marítimo-terrestre, las playas» pudo interpretarse como expresivo no sólo de una determinación constitucional sin esperar a una decisión del legislador ordinario, sino también como la *necesidad o esencialidad* del dominio público que, al gozar de las notas de inalienabilidad e imprescriptibilidad, haría intemporal su determinación y, por tanto, incompatible con cualquier derecho de propiedad que se hubiese reconocido, incluso por sentencia firme, sobre alguna porción. Esa tesis abrió un boquete en la jurisprudencia por medio de una STS de 6 de julio de 1988 y fue defendida habilidosamente en la doctrina sosteniendo el respeto a los derechos adquiridos, en virtud no de una interpretación del artículo 132.2 basada en los debates parlamentarios, sino apelando a «nuestra tradición jurídica» e identificándolos como concesión y no como propiedad.

Con estos antecedentes es fácil comprender que el legislador ordinario de 1988 estuviese seriamente inclinado a una interpretación «maximalista» del dominio público marítimo-terrestre, tanto por lo que se refiere a la determinación de su ámbito como a su naturaleza y defensa, contando a su favor con la opinión generalizada en contra de abusos y deterioro de zonas vitales para la calidad del medio ambiente y reclamadas por una sensibilidad creciente para su disfrute por la sociedad.

En la Ley de Costas de 1988 no ha triunfado netamente la tesis del dominio público natural como necesario, en el test de los enclaves a que se refiere la disposición transitoria primera de la Ley, porque el Tribunal Constitucional ha dado un quiebro jurídico a la conversión del título de propiedad en concesión para respetar, en definitiva, unos «derechos adquiridos» no nombrados expresamente en la Constitución, pero no negados por ella y reconocidos por sentencias firmes. Quizá algo hayan podido influir en la solución definitiva escritos de discrepantes con la tesis dominante (5).

De todos modos, quedan en la legislación de costas suficientes muestras de esa concepción que influye en el régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre con consecuencias teóricas y prácticas nada desdeñables.

Por ello, parece conveniente aquilatar el significado del término «natural» que con frecuencia y con diferentes significados se aplica a una parte del dominio público. En ese sentido cobra un cierto interés su intencionada exclusión del artículo 132.2, como se explicó en

(5) Cfr. J. L. MEILÁN, *El concepto...*, cit.

el correspondiente debate en el Congreso de los Diputados (6). No se trataba, obviamente, de impedir el uso del término «natural», sino de que su inclusión en el texto constitucional, no siendo necesaria para la calificación demanial de zona marítimo-terrestre y playas, valiese para reforzar la tesis «absolutista» o «hegeliana» del dominio público necesario.

2. LIMITACIONES AL DOGMATISMO DE LA TESIS DEL DOMINIO PÚBLICO NATURAL COMO NECESARIO

El profesor VILLAR PALASÍ, a quien se debe la certera intuición acerca del dominio público como título de intervención, que abrió brecha en su tradicional concepción de propiedad pública (7), me parece el ejemplo más claro de los esfuerzos dogmáticos para la construcción del dominio público natural como necesario; al mismo tiempo que reconocimiento explícito y contradictorio de las limitaciones que impone la historia —y en definitiva la realidad— constituye una manifestación palmaria de honradez intelectual. Una cosa es que la regulación legal deba ser una determinada y otra que a la ley se haga decir lo que uno desea, por muy loable que sea la intención generalmente considerada. Como diría castizamente el admirado y fenecido profesor GUAITA, «el deseo es padre del pensamiento» (8).

El problema cabalmente consistía en contrastar afirmaciones realizadas en distintos momentos de la historia sobre la condición de *res extra commercium*, de la inalienabilidad e imprescriptibilidad de determinados bienes con la realidad de propiedades existentes sobre los mismos. La cuestión se suscita agudamente en relación con el denominado «dominio público natural», al que, en el sentido de dominio público necesario de la transcripción que hace VILLAR, pertenecen, entre otros bienes, aquellos que «según su naturaleza no son capaces de —no se prestan a— propiedad particular» (9). Por

(6) *Ibidem*, pág. 373.

(7) *Apuntes de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho de Madrid, 1966-1967, pág. 18. Así lo reconoce también J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, *Dominio público*, Madrid, 1992, pág. 72, en donde se puede leer una exposición del tema, págs. 19-37 y 69-75, además de M. GARCÍA PÉREZ, *La utilización del dominio público marítimo-terrestre. Estudio especial de la concesión demanial*, Madrid, 1995.

(8) Cfr. *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas*, 2.^a ed., Madrid, 1986, pág. 51.

(9) Cfr. *Apuntes ...*, pág. 40. Cfr. J. I. MORILLO, *op. cit.*, pág. 46 («los bienes públicos forman parte del territorio nacional que la sociedad conserva en el dominio común, porque no pueden dividirse, pues divididos perderían su utilidad, o porque, según su naturaleza, no se prestan a apropiación particular. El goce o disfrute común los caracteriza, y a la Administración toca dictar las reglas para su aprovechamiento. Estos bienes no se hallan en el comercio general, ni pueden ser adquiridos por prescripción. Tampoco está en la potestad del Gobierno enajenarlos, porque son una propiedad nacional, ni es conforme su naturaleza para el dominio privado»).

consiguiente, «la reserva a los eventuales derechos de los particulares —a que se referían los artículos 7, 8 y 9 de la Ley de Puertos de 1880, en los que se basó la jurisprudencia para sus fallos favorables a las pretensiones dominicales de los particulares— no puede hoy tener otro sentido que a aquellos derechos del tráfico administrativo del demanio» (10) ,y por ello, «donde se habla de una propiedad particular sobre un bien de dominio público se está hablando de una concesión demanial o si se quiere ... del dominio útil por oposición al dominio directo que se reservaba al concedente» (11), y que «la ocupación privativa no puede tener otro sentido que el de un derecho administrativo superficiario, como derecho al vuelo y no al suelo» (12); para concluir categóricamente que «la declaración de demanio natural supone la exclusión del tráfico civil y por consiguiente la imposibilidad de apropiaciones privativas civiles (enclaves de propiedad privada)» (13).

La tesis sería irreprochable si se refiriese al horizonte temporal que inicia una determinada declaración legal, que es lo que, en cierta medida, realizó la jurisprudencia tomando como punto de partida la Ley de Puertos de 1880 (14), y si no se entendiese la referencia a la naturaleza como una condición esencial y necesariamente intemporal que operase por encima de la contingencia de las leyes.

El propio VILLAR reconoce que su «conclusión es naturalmente forzada y por ello discutible, pero es la única congruente con la normativa general del demanio, tal como hoy debe concebírsele». Y, ciertamente, su tesis indicadora de lo que *debe ser* ha influido tanto en la doctrina, como en la legislación, como en la jurisprudencia. En diferentes pasajes de su exposición del dominio público se ofrecen muestras de las evidentes limitaciones que el dogmatismo encuentra en la historia. Con independencia de su exactitud o inexactitud, manifiesta muy significativamente que «la afirmación tajante del *demanio natural pleno* se produce en cada país en un momento diferente, de apogeo del poder real» (15).

El dogmatismo en materia de dominio público resulta «natural» por la creación doctrinal de la categoría, hasta el punto de afirmarse que «las mismas cosas son susceptibles de los regímenes jurídicos

(10) J. L. VILLAR, *op. cit.*, pág. 64; en el mismo sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pág. 150.

(11) *Ibidem*, pág. 65.

(12) *Ibidem*, pág. 65; en el mismo sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pág. 138.

(13) *Ibidem*, pág. 67; en el mismo sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pág. 144 («todo el género físico es tal demanio sin que quepan excepciones»), pág. 145 («no hay, por eso, lugar para la propiedad privada»).

(14) Cfr. J. L. MEILÁN, *El concepto...*, págs. 376-378.

(15) *Apuntes...*, cit., pág. 62: el subrayado es mío, porque de la expresión podrían deducirse dos clases de dominio natural o al menos una gradación dentro de la categoría.

más diferentes según el tiempo y el lugar. El Derecho de los bienes es una creación de los hombres» (16). Origen relativamente reciente y que comúnmente se sitúa en Francia (17), de donde se importaría a España (18). Pero incluso esa inercia al dogmatismo en la materia choca con la heterogeneidad de los bienes que comprende y con su reflejo en el régimen jurídico, hasta el punto de hablarse de la «escala de la demanialidad» o del dominio público como un «género susceptible de diversas especies» (19) y de la dificultad para elaborar una teoría general del dominio público (20).

El dogmatismo de las soluciones contrasta con la entraña esencialmente histórica de la institución, igualmente reconocida por la doctrina (21) y patente en las diferentes construcciones del dominio público (22). Más aún, ha podido sostenerse que la categoría es el resultado de un «largo trabajo doctrinal» para el que se han utilizado textos romanos y del Derecho precodificado «probablemente falseándolos» y, con mucha frecuencia, forzándolos (23).

No se entenderá cabalmente el denominado dominio público, y sobre todo las notas en las que, según el artículo 132.1 de la Constitución, se ha de inspirar (24), sin tener en cuenta la larga y compleja evolución de los bienes o «cosas» que actualmente forman parte del

(16) R. PELLOUX (Prefacio a W. G. VEGTING, *Domaine public et res extra commercium*, ed. N. Samson, nv. y Recueil Sirey, pág. XI). En el mismo sentido, SANDULLI, «Beni Pubblici», en *Enciclopedia del Diritto*, entiende que la distinción entre bienes demaniales y bienes patrimoniales indisponibles, fundamental en el Derecho italiano, es cuestión de oportunidad que corresponde al criterio político del legislador. Cfr. F. SAINZ MORENO, «Constitución española de 1978», artículo 132, *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, 1985, t. X, págs. 127 y ss.

(17) Cfr. estado de la cuestión en J. I. MORILLO, *op. cit.*, págs. 38 y ss.

(18) Cfr. A. GALLEGU ANABITARTE, en *El Derecho de aguas en España*, t. I, 1986, págs. 45 y 387 y ss.

(19) A. GALLEGU, *op. cit.*, pág. 363.

(20) A. GUAITA, *op. cit.*, pág. 24.

(21) *Ad exemplum*, J. L. VILLAR, *op. cit.*, pág. 6.

(22) En España y en la literatura reciente resulta paradigmática la excelente obra de A. GALLEGU, *supra*, citada. En la misma dirección es de justicia citar a R. PELLOUX, *Le problème du domaine public. Evolution et solutions actuelles*, París, 1932, págs. 1 a 5, y W. G. VETTING, *Domaine public et res extra commercium. Etude historique du Droit romain, français et néerlandais*, *supra* cit.

(23) R. PELLOUX, *op. cit.*, pág. 2. En una dirección próxima, A. NIETO, *Bienes comunales*, Madrid, 1964, pág. 296, que califica la categoría de puramente doctrinal. La divergencia resultante de esa elaboración se subraya también por E. CORTESE, «Demanio», en *Enciclopedia del Diritto*.

(24) Cfr. STS 31 de mayo de 1988 (Az. 4060), Ponente, Excmo. Sr. D. Francisco González Navarro, que haciéndose eco de que «el llamado dominio público no es una unidad jurídica unitaria» (*sic*) concluye que existen «diferencias entre unos y otros bienes de dominio público», con alusión al dominio público natural y artificial, en cuanto a su régimen jurídico, para terminar sentando que la Constitución «no dice que la ley atribuirá al dominio público necesariamente las notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, sino que lo que dice es que la ley regulará esta clase de bienes inspirándose (*sic*) en esos principios».

dominio público por reconocimiento del legislador ordinario o por el constituyente. Sucede con nota tan importante como la inalienabilidad; sin adelantar el análisis, puede sostenerse con seguridad que la inalienabilidad o la imprescriptibilidad que actualmente se predica del dominio público no coincide con la que se acuña en el Derecho regio, ni por su ámbito ni por su funcionalidad (25), por lo que resulta anacrónica la proyección ahistórica de tal característica sobre todos los fenómenos con relevancia jurídica que hayan podido acaecer antes de la promulgación de la Constitución, tal como, aparentemente, pretende la Ley de Costas.

Las tesis de los romanistas o de los historiadores del Derecho distan de ser a menudo concluyentes al interpretar los textos, bien por expresa confesión, bien por la contradicción que entrañan entre sí, como ilustra la propia calificación en las fuentes romanas de la ribera del mar (26). Por esta razón y porque incluso en el siglo XIX, cuando se formula la categoría del dominio público, existen no pocas cuestiones sin explicación segura o sencillamente sin explicación (27), se comprende que se haya reconocido que se detectan «contradicciones

(25) Cfr. R. PELLOUX, *op. cit.*, págs. 152-154, para Francia. El principio de inalienabilidad fue proclamado por Carlos IX en la Ordenanza de Moulins, registrada el 13 de mayo de 1566 en el Parlamento, abolida por el Decreto de 22 de noviembre-1 de diciembre de 1790. Según este autor, la inalienabilidad de la ordenanza se aplicaba a todos los bienes que se encontraban en manos del monarca y no sólo a las «cosas públicas». Aquella tenía un carácter a la vez constitucional y financiero; la nueva inalienabilidad tiene por finalidad conservar determinadas cosas útiles e incluso necesarias para la vida social.

Para España, cfr. M. F. CLAVERO ARÉVALO, *La inalienabilidad del dominio público*, Sevilla, 1958, págs. 22 y ss., con cita de la ley-pacto de Juan II en las Cortes de Valladolid para impedir las frecuentes enajenaciones realizadas por los monarcas. Fundándose en las Partidas sostiene que ya en la Edad Media existía una doble inalienabilidad: la de los bienes de la Corona, a que se referiría la citada ley-pacto, y «la del dominio público», tesis que no me parece demostrada. Desde luego me parece incierto que «suprimida por las Ordenanzas de Moulins y la inalienabilidad del patrimonio de la Corona renace la inalienabilidad del dominio público... como actualización de un principio anterior» (págs. 31-32). Más bien entiendo que la inalienabilidad se construye *a posteriori*, aprovechando materiales romanos, distinguiéndola de la indisponibilidad de los bienes, a lo que se dirigieron fundamentalmente las distintas disposiciones «antialienadoras» de la Edad Media y Moderna. En ese sentido, por ejemplo, para Italia, E. CORTESSE, *op. cit.*, loc. cit. (pág. 81): aquéllas se dirigían contra la prodigalidad de los Príncipes y no enunciaban siquiera principios generales y después de su recepción perduran principios de alienabilidad.

En relación con la prescripción, cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapción en Derecho Administrativo*, Madrid, 1955.

(26) Cfr. N. KARADGE-ISKROW, *Les choses publiques en Droit romain*, París, 1928, págs. 9-11, y el Prólogo de P. COLLINET; Ubaldo ROBBE, *La differenza sostanziale fra «res nullius» e «res nullius in bonis» e la distinzione delle «res» pseudo-marciane «che non ha ne capo ne coda»*, I, Milano, Giuffrè, 1979, págs. 404-659.

Por lo que se refiere a las riberas del mar, aunque la doctrina común en las fuentes romanas es que se trata de *res omnium communes* (en las Instituta I.2.1), un texto del Digesto (4L.14 por 41.1) vinculado a Neratius parece colocarlas entre las *res nullius*. Otro tanto habría que decir de una opinión de Celso (L3 por D.43,8). Cfr. N. KARADGE, *op. cit.*, págs. 10 y 69-70; VETING, *op. cit.*, págs. 11 y 42-44.

(27) Cfr. J. L. MEILÁN, *op. cit.*, págs. 379-382.

serias» que «es difícil categorizar de un modo tajante» (28), que se haya incluso puesto en duda la solidez científica del dominio público (29) y, desde luego, su configuración satisfactoria —entre la propiedad y el título de intervención (30)—, lo que contrasta con afirmaciones o descalificaciones precipitadas (31) y, sobre todo, con tesis doctrinales o decisiones jurisprudenciales que reviven un intemporal Derecho natural, por encima de siglos de historia.

3. ACOGIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA TESIS DEMANIAL NECESARIA

La posición doctrinal mayoritaria a la que me he referido se reflejó en la jurisprudencia, pero más en *obiter dicta* que en los fallos de las Sentencias, porque el Tribunal Supremo se abroqueló fundamentalmente en un dato, como fue recordado en el Senado en los debates sobre la Constitución (32): antes de la Ley de Puertos de 1880 era posible la apropiación privada en zonas marítimo-terrestres; pero no después. El problema se reconducirá a la prueba; será más o menos difícil probar la apropiación y el Tribunal Supremo, por influencia de la doctrina científica, exigirá cada vez más en esta materia; pero, probada la adquisición a título de dueño de una porción de terreno en la zona marítimo-terrestre —dominio público marítimo-terrestre—, aquello será de propiedad privada.

No es del caso analizar el porqué de este dato, que no está, por

(28) Cfr. J. L. VILLAR, *op. cit.*, pág. 61 («no es pretendible, pues, encontrar una precisión jurídica perfecta. Los derechos se entrecruzan, las consecuencias jurídicas aparecen con contradicciones serias»).

En el mismo sentido, A. GALLEGU, *op. cit.*, pág. 362: el sentido de la investigación histórico-jurídica es justamente relativizar las afirmaciones que hace la doctrina del momento.

(29) R. PELLOUX (*op. cit.*, págs. 313 y 318) concluye que la categoría del dominio público no es indispensable al Derecho Administrativo francés. Para J. LALINDE ABADÍA («El dominio público como paralogismo histórico en España», en *I Jornadas de Historia de la Administración*, Alcalá de Henares, 19, págs. 451 y ss.), el dominio público tiene un carácter confuso.

(30) Sobre el *status quaestionis*, vid. J. I. MORILLO (*op. cit.*, págs. 19-37 y 69-74) y A. VERGARA BLANCO, *La teoría del dominio público: el estado de la cuestión*, núm. 14 de esta REVISTA, 1988, y L. PAREJO, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de la categoría*, núms. 100-102 de esta REVISTA, págs. 2379-2422.

(31) Cfr. D. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, Madrid, 1990, pág. 22, nota 42, de la que se deduce que no ha prestado atención al distinto tratamiento tradicional del mar Mediterráneo (sin mareas) y del océano Atlántico (con mareas) al que me referí, con citas históricas y de Derecho Comparado en mi trabajo citado, *Concepto...*, págs. 323-384.

(32) Cfr. J. L. MEILAN, *op. cit.*, págs. 376-378; I. MIRALLES GONZÁLEZ, *Dominio público y propiedad privada en la nueva Ley de Costas*, Madrid, 1992, págs. 46-54.

A la intervención del Senador Pedrol Rius, Presidente del Colegio General de la Abogacía, pertenecen estas palabras: «a partir de la Ley de Puertos, evidentemente, no se han podido crear propiedades particulares dentro de la zona marítimo-terrestre; en esto estamos totalmente de acuerdo».

otra parte, muy bien esclarecido. Es un dato jurisprudencialmente claro, a pesar de que los jueces estén a menudo de acuerdo con la doctrina mayoritaria.

Esa línea jurisprudencial subsiste mayoritariamente después de la entrada en vigor de la Constitución, no dando, por tanto, valor retroactivo al precepto contenido en su artículo 132.2 (33).

Sin embargo, una sentencia de 6 de julio de 1988, rompiendo con toda esta tradición jurisprudencial, acepta plenamente la teoría del dominio público por naturaleza como necesario (34).

La cuestión litigiosa de la sentencia se refiere a la Manga del Mar Menor. Se trata de dilucidar si unos terrenos incluidos en la zona marítimo-terrestre han sido siempre bienes demaniales o pueden ser de dominio privado por haber existido o existir un acto de desafectación expresa y concurrir en su titularidad y situación dominical las circunstancias necesarias. El Tribunal Supremo afirma taxativamente que es imposible la propiedad privada, porque por naturaleza repugna el que pueda existir un título dominical, en sentido estricto, sobre bienes situados en la zona marítimo-terrestre.

Los particulares los habían comprado al Ayuntamiento, el cual, a su vez, los había recibido del Estado; pues bien, «ni tan siquiera con las leyes desamortizadoras a la vista podía disponer del dominio pleno sobre ellos, dada su condición de bien esencialmente común por naturaleza».

En las conclusiones contenidas en el considerando duodécimo de la sentencia se dice que: *a)* la zona marítimo-terrestre que se encuentra comprendida en los terrenos litigiosos es un bien común *por naturaleza*; *b)* se declara que el dominio pleno de la referida zona marítimo-terrestre ostenta carácter de absolutamente inalienable, imprescriptible, inembargable e indesafectable; *c)* se declara a su vez que en la subasta de que deriva la causa del proceso «lo que se transmitió al adquirente sobre esa zona no fue el dominio pleno y sí únicamente, bien un *dominio degradado* —que no concreta—, bien unas facultades derivadas del dominio sin limitación alguna en orden al tiempo, razón por la cual siguen perteneciéndoles»; *d)* que, en todo caso, si se realizase dicho desapoderamiento, el Estado debe satisfacer a los actuales titulares la pertinente indemnización.

(33) En ese sentido, I. MIRALLES, *op. cit.*, con cita de SSTS 23 junio 1981, 13 octubre 1981, 23 junio 1981, 9 junio 1982, 15 septiembre 1984, 11 junio 1985, 17 junio 1985, 4 julio 1985, 26 abril 1986, 22 julio 1986, 10 noviembre 1986, 25 junio 1987, 12 noviembre 1988 y 7 julio 1989.

(34) A ella se refiere la STS de 25 de abril de 1990, de la Sala 3.ª (Az. 2896). Existen algunos precedentes, como la STS de 9 de noviembre de 1984 y STS de 17 de junio de 1987. En otra posterior de 12 de noviembre de 1988 se alude a la tesis en los considerandos pero no es *ratio decidendi*.

En resumen, no habría propiedad privada; existen unos derechos dominicales especiales que no se definen y el desapoderamiento de esos derechos da lugar a indemnización (35).

Dejando a un lado las cuestiones de hecho, sobre cuya apreciación errónea descansa una parte de la apelación, interesan aquí las de carácter jurídico-dogmático que trascienden el caso. La sentencia se sitúa en ese plano explícitamente en su fundamento jurídico cuarto, al resumir las cuestiones que son la *ratio decidendi* del problema:

«a) Si la zona marítimo-terrestre puede ser o haber sido en algún momento histórico objeto de disposición o de desafectación por parte del Estado; y b) supuesto que pudiere serlo o haberlo sido, cuál podría ser su al-

(35) Esas conclusiones vienen precedidas, lógicamente, por la exposición de unos hechos y unos fundamentos jurídicos que conviene reseñar sucintamente. De entre los primeros cabe destacar, como se reconoce en el fundamento de Derecho primero de la sentencia,

«1) La donación de la hacienda de la Manga del Mar Menor, hecha en los tiempos de la Reconquista, por el Rey D. Jaime I el Conquistador al Consejo de Murcia.

2) La pertenencia al Ayuntamiento de San Javier, como bienes de propios, desde que el término de éste, en el que estaba incluida aquélla, se segregó del terreno municipal del Ayuntamiento de Murcia, por Real Orden de 6 de junio de 1836.

3) La transmisión al Estado a título de confiscación por aplicación de la L. 1 mayo 1855 y su Instrucción Complementaria del día 30 de los mismos mes y año, manteniendo la posesión, explotación y disfrute en manos de la Corporación.

4) La superficie de la finca confiscada y hoy reivindicada según consta en certificación de 14 de junio de 1895, redactada por la Delegación de Hacienda de Murcia en cumplimiento de la citada Ley desamortizadora, es de 396 ha, 82 a y 46 ca, teniendo los límites que se señalan.

5) La venta en pública subasta de dicha finca, según fijó el Boletín Oficial de Venta de Bienes Nacionales de 1 diciembre 1862 como finca núm. 103 del inventario confeccionado, teniendo lugar la subasta y adjudicación de la misma a D. Antonio en 10 enero 1863, y en sesión de 20 febrero 1863 se comunicó el expediente al JPJ, siendo el acta de posesión de 23 de abril del mismo año.

6) Que el adjudicatario cedió el remate a D. Agustín, siendo otorgada la escritura de compraventa el 9 julio 1864.

7) Que la repetida finca fue inmatriculada en el Registro de la Propiedad de Murcia (hoy el núm. 2) con el núm. 200 de orden en favor de la Nación a título de confiscación, en virtud de certificación expedida por el Administrador de Propiedades y Derecho del Estado, presentada en dicho Registro el 23 de julio de 1864, quedando extendida este mismo día la inscripción inmatriculadora.

8) Que a través de sucesivos titulares inscritos, se continúa el tracto registral, hasta llegar el dominio de los demandados con la misma superficie y linderos.

9) La instauración de la zona marítimo-terrestre con el carácter demanial y el efecto al mismo inherente de inalienabilidad e imprescriptibilidad, por L. 7 mayo 1880.

cance y eficacia después de promulgada la CE de 31 octubre 1978.»

Respecto de la primera cuestión, el Tribunal Supremo contesta negativamente porque la zona marítimo-terrestre tiene

«indiscutible carácter de *res communis omnibus hominibus*, que lleva inherente, bien su absoluta inalienabilidad, bien la indesafectación de titularidad, no demanial como se dice en el recurso, sino común a todos los hombres».

Tal tesis se apoya en la interpretación de la Ley 3.^a, Título XXVIII, Partida 3.^a (36), «de aplicación en gran medida en el momento histórico en que la venta se realizó», que hace Gregorio LÓPEZ y que impediría la transmisión de la plena propiedad. Tal Ley incluía las riberas entre «las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas... e por ende todo ome se puede aprovechar de la mar o de su ribera... Empero si en la ribera del mar fallare casa, o otro edificio cualquiera que sea de alguno, non lo debe derribar, nin usar del en ninguna manera, sin otorgamiento del que lo fizo o cuyo fuese». La sentencia concluye aquí la cita y acogiendo a la referida interpretación de «que ese edificio haya sido construido lícitamente y con licencia del Príncipe», «quia allias non posset neque acquireret dominium», formula su tesis que redondea —ya sin razonamiento histórico— diciendo que «ni siquiera en las Leyes desamortizadoras a la vista podía disponer —el Estado o el Monarca— del dominio pleno sobre ella dado su condición de *bien esencialmente común por naturaleza*».

Esta es la razón por la que la sentencia sostiene que no hubo, ni pudo haber, transmisión o adquisición de propiedad, y por qué el «en todo caso» del artículo 132.2 de la Constitución se entiende de aplicación a las situaciones anteriores a su vigencia, ya que resulta «indiscutible la propiedad *communis omnium* de este tipo de bienes en cualquier época y con cualquier legislación». Se trata, por tanto, más que de un argumento fundado en la realidad histórica, de un apriorismo a cuya luz han de interpretarse los textos legales, aunque literalmente digan otra cosa.

Las consecuencias de ese apriorismo serán que en la «venta» se transmite un «dominio degradado», cuyo alcance no se explica, o un

(36) El texto literal de la Partida es susceptible de interpretación distinta de la que se transcribe de GREGORIO LÓPEZ. Sobre esto vid. *infra*.

«derecho real atípico», cuya indefinición es palmaria. Lo importante es salvar el presupuesto de la indiscutible tesis. De otra parte, la denominada propiedad *communis omnium* —las *res communes* del Derecho romano— conduce —en clara contraposición con el texto literal del artículo 132.2 de la Constitución— a considerar que el «dominio pleno» y absoluto sobre el bien «siga perteneciendo al común del pueblo español».

En definitiva, la zona marítimo-terrestre —concluye la sentencia— es *bien común por naturaleza* y «en consecuencia debe declararse que el dominio pleno de la referida zona marítimo-terrestre ostenta el carácter de *absolutamente inalienable, imprescriptible e indefeasable*». El término absolutamente ha de entenderse referido a cualquier momento y situación: nunca pudo enajenarse, prescribirse *ni desafeasarse* un bien que pertenezca a la zona marítimo-terrestre, que ha de entenderse —habría que deducir— tal como definían las Partidas las riberas del mar o la Ley de Puertos de 1880 o de Costas de 1969 o la Ley de 1988 la citada zona que ahora incluye también las playas en la actual determinación jurídica (37).

Sin entrar ahora en mayores precisiones, conviene anotar que esa diferente configuración de lo que se denomina ribera del mar —que hoy incluye zona marítimo-terrestre y playas—, teniendo esta consideración también las dunas, con o sin vegetación, supone un argumento de principio contra el carácter natural —como necesario o esencial— de todos los bienes que se incluyen en esas categorías, ya que, al menos en alguna medida, ha de admitirse que dependen de la determinación del legislador, sea constituyente u ordinario.

El carácter natural —necesario— de ese dominio público plantea problemas en relación con su permanencia o desaparición. Si se acepta aquel carácter físico —de acuerdo con la descripción que el legislador haga en cada momento y con la limitación que ha de tener en cuenta su apreciación social— habría de admitirse la cesación de

(37) Es pacíficamente admitido que la Ley de Costas de 1988 ha ampliado notoriamente el dominio público marítimo-terrestre, independientemente de cuál sea su valoración. En sentido favorable, A. MENÉNDEZ REXACH, «La configuración del dominio público marítimo-terrestre», en *Jornadas sobre la Ley de Costas*, EGAP, Santiago de Compostela, 1992, págs. 39 y ss., que me achaca el error de «considerar inamovible el concepto de ribera del mar de las Partidas». Quizá alguna conclusión del trabajo citado *supra* resulte excesivamente influida por el momento en que se escribía, cuando la LC era sólo proyecto y se podía intentar su modificación; una intención no diferente de la de los escritos de otros autores para reformar la Ley de Costas de 1969. No obstante, en el cuerpo del trabajo se critica la separación del criterio tradicional cuando la Exposición de Motivos pretende ampararse en él y reprimarlo y se sostiene que el legislador no puede variar sustancialmente los conceptos tradicionalmente admitidos quedando expresamente la divergencia en «señalar qué límites no puede legítimamente traspasar el legislador a la vista del texto constitucional. La STC 149/1991 —f.j. 2.a)— alude a la libertad del legislador ateniéndose al valor «léxico» de la Constitución.

la pertenencia al dominio público por cambio de la misma naturaleza o degradación, al menos, natural sin necesidad de una expresa desafectación, operando en el terreno de la congruencia lógica (38), por lo que resulta abusiva la tesis de la sentencia sobre «indesafectación absoluta» (39).

La tesis de la sentencia de 6 de julio de 1988 no es hoy defendible, en mi opinión, a la vista de la STC 149/1991, como se razonará más adelante (40), y tampoco parece haber sido seguida por otras del Tribunal Supremo.

La STS de 12 de noviembre de 1978 (Ponente don Ramón López Vilas), aunque invoca doctrina sentada en la de 6 de julio de 1988, es menos contundente. En ese sentido reconoce que

«tras la promulgación de la Constitución española, rige en cualquier caso una fuerte y cualificada presunción en favor del dominio nacional (Sentencia aludida de 25 de junio de 1987) en la medida en que la zona marítimo-terrestre, por su condición de bien esencialmente común por naturaleza (*res communis omnibus hominibus*) le es inherente las tradicionales características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, llevando en su peculiar destino la propia garantía de su inatacabilidad e inmunidad, por lo que no puede afectarle los supuestos derechos que provengan de una inscripción registral o de una posesión más o menos dilatada, tal como se dice en la citada y más reciente Sentencia de 6 de julio de 1988, en la que se declara terminantemente que los particulares no pueden ser titulares de un derecho de dominio en la zona marítimo-terrestre».

El fallo negativo a la pretensión del particular se funda parcialmente en que éste «no ha conseguido desvirtuar la naturaleza de

(38) El artículo 4.5 de la LC incluye esos términos en el dominio público, aunque pueden ser desafectados expresamente según el artículo 18.

La STS de 2 junio 1989 (Az. 4322), relativa a la isla de Cabrera, declaró que «es posible admitir la desafectación tácita de un bien inmueble perteneciente al dominio público», aunque para ello se precisa una prueba convincente que no fue admitida en aquel supuesto que, de otra parte, se concibe como el de un bien al servicio público (interés de la Defensa).

(39) Cfr. C. SÁNCHEZ DE LAMADRID, *Un nuevo paso jurisprudencial en la contemplación de la zona marítimo-terrestre. La sentencia de 6 de julio de 1988*, «La Ley», núm. 2.362, 17-XI-1989.

(40) Por el contrario, es elogiada por I. MIRALLES (*op. cit.*, págs. 57-58), de acuerdo con su interpretación de lo que debería decir la disposición transitoria primera, 1 de la LC (pág. 107). En sentido crítico, C. SÁNCHEZ DE LAMADRID, *Un nuevo paso jurisprudencial...*, cit.

zona marítimo-terrestre de la finca». No se aclara si esa desvirtuación es jurídica o física, o si se debe a causas naturales o artificiales, por mano del hombre.

Junto a aquella afirmación, en el mismo fundamento primero de Derecho se recuerda doctrina sentada por STS de 11 de junio de 1985, según la cual la oposición obstativa del particular a la pretensión reivindicativa del Estado

«sólo puede prosperar si acredita la *desafectación* de los bienes por acto de soberanía, su cambio de destino, que su enajenación fue autorizada o que han pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880»;

es decir, la doctrina jurisprudencia tradicional, acentuando el rigor de la prueba, que ha de estar «basada exclusivamente en los medios ya indicados», para destruir la «fuerte presunción en favor del dominio nacional».

Otra sentencia, como la STS de 6 de marzo de 1990 (Az. 1954), que sintoniza con la doctrina del dominio público marítimo-terrestre necesario, se pronuncia claramente por su admisión después de la entrada en vigor de la Constitución, remitiendo la cuestión de propiedad a la jurisdicción civil (41).

4. INCONSISTENCIA DE LOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DE LA TESIS

La citada STS de 6 de julio de 1988 aplicó la tesis del «bien esencialmente común por naturaleza» reconociendo, a la vez que la imposibilidad de propiedad sobre el mismo, la existencia de un derecho de contenido económico compatible con aquella calificación y cuyo eventual desapoderamiento debería dar lugar a la «pertinente indemnización». De un lado, se salvaba la tesis de la demanialidad natural necesaria y, de otro, se hacía justicia a los titulares privados.

Con esta última precisión el fallo se revestía ciertamente de justicia, sin concretar ni la naturaleza del derecho, ni el alcance de la indemnización, que se dejaba a la jurisdicción civil, ni su título, por lo que no se excluía la expropiación, aunque también podría quizá hacerse jugar la doctrina de la evicción.

El problema que aquí interesa es la tesis que se asume del domi-

(41) «Después de la Constitución no resultan ya viables en ningún caso las parcelas de propiedad privada en el ámbito de la zona marítimo-terrestre.»

nio por naturaleza, con sus consecuencias y fundamento, en el que juegan un cierto papel las referencias históricas, según se destacó anteriormente. Intentaré mostrar que los datos históricos de ninguna manera proporcionan base segura para afirmaciones tan drásticas y de consecuencias jurídicas tan rigurosas.

Estaría fuera de lugar realizar aquí una investigación histórica de primera mano. Será suficiente evidenciar que ni los textos romanos, ni los Derechos nacionales, ni la práctica, ofrecen la seguridad que exhiben la doctrina y la sentencia en apoyo de su posición.

El fenómeno no es desconocido en Francia, que tanto ha tenido que ver con la configuración teórica del dominio público. Se ha llegado a decir por un clásico en la materia que el dominio público es el resultado de «un largo trabajo doctrinal» de los civilistas que, probablemente, han fabricado textos romanos y del Antiguo Régimen, dejándose influir la jurisprudencia por aquéllos (42). La citada STS de 6 de julio de 1988 hace referencia a la Ley 3.^a del Título XXVIII de la Partida 3.^a acogiendo a una interpretación de Gregorio LÓPEZ. No es del caso entrar en el análisis de si ésta es la única interpretación, aunque no resulta arriesgado dudar acerca del entendimiento que se tiene de la expresión «con licencia (*licet*) pueden hacerse casas pequeñas (módicas) para cobijarse», como sinónimo de la concesión y no de la licencia actuales (43). De todos modos, la interpretación literal de las Partidas es diferente, lo que se facilita con la lectura íntegra del texto (44), en donde no existe la glosa antes citada y concuerda con lo que puede deducirse de los textos romanos (45).

Las fuentes arrojan dudas acerca de dónde han de situarse las riberas del mar en la clasificación de las cosas (46). En diversos sitios,

(42) Cfr. R. PELLOUX, *op. cit.*, pág. 2: «Pendant le cours du XIX siècle, la jurisprudence civile a fait passer dans les faits les idées des auteurs: ce sont en effet les tribunaux civils qui, saisis généralement d'actions en revendication ou d'actions en nullité de vente, ont eu à prendre parti, les premiers, sur la nécessité d'admettre un domaine public, sur son inaliénabilité et son imprescriptibilité, sur le critère de la domanialité, sur la nature du droit de l'Administration.»

(43) Esa es la opinión de KARADGE-ISKROW (*op. cit.*, pág. 69) en contra de MOMMSEN: «El permiso administrativo es consecuencia del derecho de policía que el Estado tiene sobre todo el territorio». Esto da pie a VECTING para comparar la ribera del mar a una *res publica in usu publico* y no una *res communis omnium* (*op. cit.*, pág. 42).

(44) Cfr. J. L. MEILÁN, *op. cit.*, pág. 382.

(45) La STS de 1 de mayo de 1863, anterior a la Ley de Aguas de 1866, reconoce, en relación con la concesión del muelle de Maliaño, en Santander, que el Estado puede ceder aprovechamientos en las riberas «siempre que no estén ya en propiedad particular adquiridos por título legítimo», con expresa invocación de las Leyes 3 y 4, título XXVIII de la Partida 3.^a.

(46) En ese sentido, muy ilustrativamente, se ha dicho: «È questo un problema oltremodo discusso, che è stato oggetto di moltissime opinioni, e pure assai contrapposte fra loro, anche per le importantissime ripercussioni politiche ch'esso ha implicato specialmente nel medioevo e anche nell'epoca moderna, ma soprattutto ... per lo stato delle fonti assai contrastanti fra loro», Ubaldo ROBBE, *La differenza...*, cit. pág. 405.

por ejemplo en las Instituta, se las califica como *res omnium communes*, aunque un texto de NERATIUS (L. 14 por D. 41,1) las incluye entre las *res nullius* (47). Estas, obviamente, son susceptibles de propiedad privada; pero aunque se admita el carácter aislado de esta calificación en las fuentes, se admite que la naturaleza jurídica de las riberas del mar están próximas a ellas y, en todo caso (L. 4, D. 43,8), las personas privadas podrían ocupar una parte de la ribera para la construcción de edificios siempre que no fuera impedido el uso común y a salvo de un interdicto (48). Por ello, se ha sostenido que la ribera del mar, aunque pueda calificarse como *res publica in usu publico* —y por tanto propiedad del Estado—, su naturaleza jurídica la aproximaba a las *res nullius*, susceptibles de propiedad privada (49).

Los textos no permiten, al parecer, sacar una conclusión tajante acerca de la naturaleza de los derechos de los particulares en el uso de la ribera del mar; pero no excluyen que existieran auténticos derechos de propiedad (50). En la doctrina se ha afirmado con contundencia que «en el Derecho romano son compatibles el derecho de propiedad y el uso público» (51) y, en concreto en relación con las construcciones en la ribera del mar, se sostiene que «el constructor tiene un derecho sobre su construcción y sobre el suelo que ocupa en tanto aquella subsiste», y que la mayoría de los jurisconsultos romanos opinan que se trata de un derecho de propiedad (52).

La incertidumbre aumenta si se considera la crítica doctrinal acerca de la propia categoría de *res communes omnium* en el Derecho romano, cuya inconsistencia jurídica iría pareja con su utilidad política en la Edad Media (justificación de la singularidad constitucional de Venecia), en la Edad Moderna (argumento holandés de Groccio contra el dominio marítimo de España y Portugal) y en la contemporánea para el disfrute de los recursos naturales contraponiéndolo a la categoría de *res nullius* (53).

En los Fueros del Reino de Valencia (54) (Libro IX, Rúbrica XII, XIII) se contiene una disposición equivalente:

(47) Cfr. N. KARADGE-ISKROW, *op. cit.*, págs. 10 y 69; R. VECTING, *op. cit.*, pág. 11. El texto latino es el siguiente: «quod in litora quis aedificaverit, eius erit: nam: litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, domini fiunt».

(48) Cfr. R. VECTING, *ibidem*.

(49) *Ibidem*, págs. 42-43. Es también la opinión de PROUDHON (*Traité de domaine publique*, Bruselas, 1835, t. I, pág. 294) para Francia antes de la Ordenanza de 1681.

(50) *Ibidem*, pág. 66, sobre las *res publicae in usu publico*.

(51) KARADGE-ISKROW, *op. cit.*, pág. 32, en contra de la opinión de JHERING.

(52) *Ibidem*, pág. 102, nota (8), con cita de las fuentes en que apoya la afirmación.

(53) Cfr. U. ROBBE, *op. cit.*, págs. X y XI.

(54) Cfr. J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Consideraciones sobre el dominio marítimo*, en

«Cada cual tiene facultad y poder de pescar en la mar, y en los lagos y en las aguas dulces y saladas libre y francamente, escepto en nuestras albuferas reales en las cuales nadie podrá pescar sin nuestro permiso. Y los pescadores podrán hacer casas en la ribera de la mar donde se puedan albergar y vivir. Y si alguno edificare casa en la ribera de la mar, sea señor del suelo y de la casa mientras esta subsista. Y cuando la casa quedare arruinada vuelva aquel solar á quedar público y comun como si en ningun tiempo hubiese habido en él edificio ni casa.»

La historia revela que, pese a reiteradas proclamas de legisladores y doctrina, han existido derechos dominicales en lo que hoy concebimos como dominio público. Ello se pone de manifiesto en la construcción y evolución del principio de inalienabilidad de los bienes de dominio público, que ofrece una diferente significación en el Antiguo Régimen y en el Derecho que surge de la Revolución francesa, como corresponde a la diferente categorización de los bienes, que inicialmente se corresponden con el dominio de la Corona y después con la categoría actual de dominio público, pasando por etapas —y divisiones— intermedias.

En relación con Francia se ha subrayado el doble carácter constitucional y fiscal que presentaba el dominio de la Corona. En la Edad Media no existe una nítida distinción entre el Patrimonio del Rey y de la Corona, menos aún de lo que se llamará patrimonio de la Nación (55). No obstante el carácter patrimonial del reino que tenían los Reyes, que permitía su división entre los hijos por herencia, de un modo natural y progresivo fue formándose la idea de que se trataba de un patrimonio *sui generis* que debería permanecer trascendiendo, de algún modo, la titularidad o disposición del Rey —«Los Reyes pasan, la Corona permanece»—, llegándose a hablar de un matrimonio del Rey con la Corona, con la consiguiente limitación de disposición de los bienes por el Rey (56).

«Revista de Derecho Marítimo», 3 (1968), págs. 99-101, con referencia a las regalías en el Reino de Valencia que permite al Rey hacer donaciones y concesiones, traspasando las primeras la propiedad al particular.

Sobre el originario paralelismo entre regalías y demanio, cfr. E. CORTESE, *op. cit.*, loc. cit., pág. 79, con cita de Andrea D'ISERNIA, según el cual, entre otros, «regalia retenta per antiquos reges in potestate et dominio suo, non data et concessa alies, dicuntur demania».

(55) Cfr. para España, L. LÓPEZ RODÓ, *El patrimonio nacional*, Madrid, 1954, además de las obras citadas de CLAVERO y GALLEGO ANABITARTE y bibliografía en ellas contenida.

(56) Cfr. PELLOUX, *op. cit.*, págs. 15 y ss.; M. TH. DUCROCO, *Traité des edifices publiques, des ventes domaniales*, París, 1865, págs. 11 y ss., y J. DUFAU, *Le domaine publique*, I, París, 1987, págs. 212 y ss.

Por eso se ha dicho, con razón, que el principio de inalienabilidad es el producto de una necesidad política que se formula repetidamente y otras tantas veces se incumple, por el carácter financiero de los citados bienes, dada la confusión entre bienes del Rey y de la Corona. De un lado, el Rey tendía a incorporar el mayor número de bienes bajo su titularidad y, de otro, para hacer frente a las necesidades de su administración, no dudaba en disponer de ellos. Y no se trataba de una posibilidad remota, ya que a ello empujaban circunstancias políticas —debilidad o largueza (las mercedes enriqueñas)— y la exigüidad de los impuestos o la dificultad de su imposición dada la estructura social.

Era preciso, por tanto, poner algún dique «constitucional» a esa capacidad de disposición del Rey. Esta fue la finalidad del principio de inalienabilidad que, intencionadamente se ha dicho, «fue formulado en muchas ocasiones, sin duda porque no era respetado nunca» (57). Fue proclamado en una Ordenanza de 1318, reiterado en otra de 1321, reconocido por casi todos los Reyes de Francia y «violado por cada uno de ellos». Francisco I, en un edicto de 1539 llegó a decir que el patrimonio de la Corona es sagrado y no puede caer en el comercio de los hombres, al mismo tiempo que consentía y firmaba numerosas ventas y liberalidades (58).

La práctica no se paró con la célebre Ordenanza de Moulins de 1566 que proclamó solemnemente el principio, aunque reconociendo dos excepciones y la relativa al *petit domaine* por un edicto de la misma fecha. A pesar del «matrimonio santo y político» de la calificación de la Ordenanza de Moulins como *sacramento lex quae reges ipsos astringit* (DARGENTRÉ), la historia revela que siguieron las «alienaciones» ya que la Ordenanza de Colbert con Luis XIV, en 1667, y el acuerdo del Consejo de 1781 con Luis XVI, al proclamar de nuevo el principio lo aplicaron anulando disposiciones de sus antepasados o manteniéndolas provisionalmente (59). La Asamblea Constituyente de 1789 declara la nulidad de las ventas posteriores a 1566 —no de las anteriores— y se fija el año 1829 como término para realizar las investigaciones correspondientes.

Ni primero dentro del patrimonio de la Corona, ni después de la Revolución dentro del dominio nacional, existe la seguridad de la inalienabilidad absoluta de sus bienes; a pesar del intento de configurar, con uno u otro nombre, una categoría de bienes que por su destino al uso público no deben poder enajenarse. En ese sentido y

(57) Cfr. PELLOUX, *op. cit.*, pág. 17.

(58) *Ibidem*. Para España, cfr. CLAVERO, *op. cit.*, págs. 23 y ss.

(59) DUCROCO, *ibidem*.

para antes de la Revolución se ha puesto en duda (60) que «la naturaleza, la cualidad física de una ribera la haga inapropiada a cualquier apropiación» y que es comprobable que el Rey, a lo largo de los siglos, ha ejercido sobre ellas derechos de propiedad, con las consecuencias antes expuestas.

Por lo que se refiere a *les domaines nationaux*, el Decreto de 9 de mayo de 1790 dice que «permanecen inalienables sin el concurso de la nación, pero pueden ser vendidos y enajenados a título perpetuo e inmutable en virtud de un Decreto formal del cuerpo legislativo, sancionado por el Rey» (art. 1.º) (61). Y CORMENIN en 1823, expresando probablemente la doctrina oficial de la Administración de la época, sostiene que el dominio público es propiedad del Estado y que éste, como cualquier otro propietario, puede disponer libre y plenamente, por lo que las propiedades (*domaines*) nacionales pueden ser vendidas a título perpetuo e irrevocable (62).

Un autor, tan significativo como PROUDHON dirá:

«aunque la tesis general es que el litoral forma parte del dominio público, sin embargo, como no hay nada absoluto en las cosas humanas, *no es imposible, ni incluso ha sido muy raro ... encontrar propiedades comunales o privadas en las dunas, que son bien certainement le sol de lais et relais maritime*; y que estas propiedades provienen de antiguas concesiones o de otras causas legítimas, *elles n'en doivent pas moins respectées*» (63).

En el Antiguo Régimen se pone, paradójicamente, el acento en la inalienabilidad para impedir que el Rey dispusiese del amplio contenido que constituía el patrimonio de la Corona. Podría concebirse realmente como una prohibición de enajenar impuesta al titular del dominio. Los revolucionarios franceses ponen el acento teórico sobre la inalienabilidad, pero por razones prácticas y económicas facilitarán la enajenación de bienes que forman parte del dominio nacional, dentro del que acabará distinguiéndose un auténtico dominio público que será inalienable, con una u otra justificación, por su destino.

La tesis del dominio público natural como dominio público in-

(60) PELLOUX, *op. cit.*, pág. 49.

(61) Para PELLOUX (*op. cit.*, págs. 66 y ss.), el Decreto ha hecho enajenable el dominio nacional.

(62) *Apud* PELLOUX, *op. cit.*, pág. 100, recogido por S. ALVAREZ GENDÍN, *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1956, pág. 21.

(63) *Traité du domaine public*, cit., pág. 293.

temporalmente necesario no aparece confirmada por la investigación histórica. De la que realiza VECTING sobre el Derecho romano y el Derecho histórico francés y holandés se deduce que en el Derecho romano las cosas destinadas al uso público son propiedad del Estado y son cosas *extra commercium*. Esta característica no significa que sean insusceptibles de propiedad privada y que el Estado no pueda enajenarlas, después de desafectarlas, sino que determinados actos jurídicos entre particulares relativos a esas cosas no son válidos. La prescripción de estos bienes por los particulares no es posible; pero no existe ningún impedimento legal para que particulares obtengan del Estado derechos privados sobre las cosas destinadas al uso público, a cuyo régimen se asimilan las riberas del mar (64).

Las fuentes —se nos dice— no permiten decir si esos derechos eran auténticos derechos reales privados o si deben ser considerados de otro modo, aunque existen apoyos para lo primero en un texto de ULPIANO (L. 3, 2, D. 18,1) y en todo caso se admite el poder de disposición sobre esos bienes por parte del Estado.

Por lo que se refiere al Código Civil francés y holandés, se reconoce que las cosas destinadas al uso público, aun siendo *res extra commercium* e imprescriptibles por particulares, pueden ser enajenadas por el Estado incluso «manteniendo el destino público» y que no existe obstáculo legal a que los particulares puedan obtener del Estado «derechos» (65).

Ese análisis es válido, en principio, para España. Es posible que los bienes de dominio público marítimo no fuesen susceptibles de prescripción, pero sí eran susceptibles de ser transmitidos por el Estado y ser adquiridos a título de dueño, que es lo que ha ocurrido entre nosotros, y que es el origen de todas las apropiaciones privadas, sancionadas jurisprudencialmente por sentencias firmes. El particular adquiere del Estado, por título oneroso, a título de dueño, bienes que formaban parte de la zona marítimo-terrestre, del dominio público marítimo-terrestre.

5. LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL DEL DOMINIO PÚBLICO NATURAL: UN EQUÍVOCO

El concepto «dominio público natural» o «por naturaleza» puede ser entendido de varias maneras y así ha ocurrido en la historia de su elaboración doctrinal, beneficiándose de un equívoco que gozaba

(64) *Op. cit.*, págs. 174-175.

(65) *Ibidem*, págs. 180 y 267.

de un cierto halo mítico que ha acompañado también al dominio público en general desde sus precedentes (66). El carácter polivalente e instrumental que evidencia la expresión suscita una primera duda acerca de la pretendida validez supratemporal, que corrobora la historia real.

Se ha recordado anteriormente que la categoría del dominio público, de creación doctrinal y francesa, supone un hito en la configuración jurídica de las cosas (67) y, más concretamente, es resultado de la revisión y deslinde de los bienes incluidos tradicionalmente en el dominio de la Corona. La acción de los revolucionarios franceses, inicialmente, se dirige a sustituir la Corona por el Estado o la Nación. Bajo la influencia de PROUDHON, se dividirá el dominio nacional en «dominio público» y «dominio del Estado», que se corresponde con la actual de bienes de dominio público y bienes patrimoniales. Dentro de aquélla se acuñará, con diferentes significados, la distinción entre bienes de dominio público «por naturaleza» y «por destino o afectación».

Aunque brevemente, conviene recordar algunos de esos hitos doctrinales. Antes que PROUDHON, PARDESSUS distingue entre dominio público y dominio nacional. El primero es inalienable porque los bienes que lo integran están dedicados al uso público, bien por su naturaleza, bien por afectación. Si pierden esta dedicación entrarían en la categoría de bienes nacionales, que son susceptibles de convertirse en propiedades privadas y cuyos productos forman parte de las rentas del Estado (68).

La influencia de PROUDHON es paradigmática en esta materia y su esfuerzo es característico en la historia del dominio público del Derecho europeo. El dominio público comprende las cosas que «sin pertenecer *propriétariement* a nadie han sido consagradas civilmente al servicio de la sociedad» (69). La idea del dominio público se liga al poder del hombre sobre las cosas, ya que es el rey de la naturaleza y todos los otros seres están destinados a su uso, pero que no puede ejercer sobre todos en el mismo grado. Hay cosas que por su inmensidad no pueden encerrarse en los estrechos límites de su dominio (el aire, los astros, el mar), que se denominan «cosas comunes al género humano», y no pertenecen a nadie. Otras pueden estar sometidas

(66) Cfr. PELLOUX, *op. cit.*, pág. 20.

(67) Sobre la dirección alemana, cfr. A. GALLEGU, *op. cit.*, y L. PAREJO, *op. cit.*, y resumen en F. SAINZ MORENO, *op. cit.*, loc. cit., nota 5.

(68) *Apud* PELLOUX, *op. cit.*, pág. 95. Clasifica las dependencias del dominio público según la mayor o menor libertad que exista para el uso público: las riberas del mar figuran detrás de los caminos y ríos y delante de las fortificaciones (pág. 96).

(69) M. PROUDHON, *Traité du domaine publique ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domain public*, Bruselas, t. I, págs. 84 y ss.

das a la posesión privada del hombre; son objeto del «dominio de propiedad». «Existe, en fin, un tercer género de cosas que, *en el estado de civilización en que nos encontramos, son puestas por la autoridad pública* al margen de toda posesión privada» (los puertos, caminos, murallas de las fortalezas, ríos, etc.).

El dominio público, dirá enfáticamente PROUDHON, «no es para nadie, ni siquiera para el Estado, un dominio de propiedad, puesto que no excluye a nadie». El verdadero poseedor de estas cosas es el *pueblo*. El poder que ejerce sobre ellas el Estado es «en interés del público», es un poder posesorio de «protección», no de propiedad. De algún modo, la naturaleza de las cosas explica esa diferencia de poder jurídico, que encuentra, sin embargo, su engarce en el destino de las cosas.

Desde un punto de vista material —o pasivo—, el dominio público comprende aquellas cosas que «pertenecen al ente moral y colectivo que llamamos el *pueblo*», o de otro modo «que sirven al uso público o a la protección de todos, sin ser propiedad de nadie».

Desde un punto de vista activo, el dominio público consiste en el poder que el Estado ejerce sobre aquellos objetos que son «necesarios para las necesidades y servicios públicos». Es un «dominio de protección» frente al dominio de propiedad —como es el *dominio del Estado*— que es «dominio de provecho» que revierte inmediatamente a su dueño y que se aplica a las cosas que producen una renta, en sentido económico (70).

Dentro del dominio público identifica unos bienes que lo son por naturaleza: son los ríos y la ribera del mar, que se incluyen en el dominio público pero se trata de «cosas comunes a todo el género humano», «cosas situadas fuera del comercio de los hombres por el *derecho natural*, aquellas que la providencia distribuye a todos indistintamente», «que por su inmensidad están situadas por encima del poder de los hombres» (71), distintas de aquellas que son inalienables por estar fuera del comercio en el *orden civil*, como sucede con los *grands chemins*.

En aquellas que «por el imperio del derecho natural son comunes a todos, su *inalienabilidad es absoluta, porque el orden de la naturaleza, que las ha repartido igualmente a todos, es inmutable*»; la inalienabilidad de las otras no es absoluta porque proviene del orden civil, que puede ser cambiado (72).

(70) La doble perspectiva explica la coexistencia conceptual de propiedad y jurisdicción en las regalías, como ha destacado GALLEGO ANABITARTE (*op. cit.*, pág. 149). Aparece también, *in nuce*, la alternativa doctrinal del dominio público como propiedad o como título de intervención.

(71) *Ibidem*, pág. 89 (núm. 208).

(72) *Ibidem*. Las cursivas son mías.

Existe una continuidad de fondo, en esta aproximación, con la que se puede deducir de autores anteriores, según la cual determinados bienes por su naturaleza no son susceptibles de propiedad alguna, que se ha ligado a la idea romana de un derecho natural que la naturaleza ha inscrito en las cosas, del que las leyes civiles no son más que su traducción (73).

Esta idea está honda e intuitivamente arraigada. Y contra ella reaccionó el Decano HAURIUO, cuya influencia en España también ha sido importante (74). A partir de él puede sostenerse que existe una corriente doctrinal mayoritaria que pone el acento en la afectación o destino de los bienes restándole importancia a su naturaleza (75).

La tesis es expuesta con notoria rotundidad (76):

«Toute la domanialité publique repose sur l'idée de l'affectation administrative des choses à l'utilité publique; actuellement, toutes les dépendances du domaine public sont reconnues, classées, délimitées par les soins de l'administration, de telle sorte que la *reconnaissance administrative, qui équivaut à affectation*, vient s'ajouter à la sorte de prédestination naturelle qui se remarque dans certains objets tels que les rivages de la mer.»

Lo decisivo es la afectación, la «voluntad administrativa», que está por encima, se dirá, de «lo que puede haber de predestinación natural» y que prevalece sobre «el elemento de destino natural». Dejaría, por tanto, de tener sentido la distinción, dentro del dominio público, de bienes que lo son por naturaleza o por destino, formulada claramente al menos desde PARDESSUS. Consecuencia de ello es que la inalienabilidad o la imprescriptibilidad «en lugar de ser dictadas por una suerte de *naturaleza física de las cosas*, se configuran como instituciones puramente jurídicas dictadas por la necesidad de *afectación de las cosas a la utilidad pública*» (77).

(73) Cfr. PELLOUX, *op. cit.*, pág. 50, y U. ROBBE, *op. cit.*, pág. 113, que, al estudiar las fuentes romanas, identifica cosas que son comunes a todos los hombres por derecho natural *cióé per la loro costituzione fisica*.

(74) R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Naturaleza jurídica del dominio público según Hauriou. Aplicación de su doctrina a la legislación española*, en «Revista de Derecho Privado», t. VIII (1921), págs. 230 y ss.

(75) Cfr. PELLOUX, *op. cit.*; ALVAREZ GENDÍN, *op. cit.*, y MORILLO, *op. cit.*

(76) M. HAURIUO, *op. cit.*, pág. 646.

(77) *Ibidem*. En el mismo sentido, CLAVERO, *op. cit.*: la inalienabilidad del dominio público se configura «no como una indisponibilidad natural física, sino una indisponibilidad teleológica o de destino» (págs. 49-50). En algún pasaje se refiere al «mal llamado natural» en relación con determinados bienes de dominio público que pueden ser desafectados por «hechos naturales o hechos humanos» (pág. 115), aunque la desafectación no se produzca «tan fácilmente» (pág. 100).

La idea se ilustra con su conocido «punto de vista del metro cuadrado», que sirve para subrayar la diferente funcionalidad de la inalienabilidad en el Derecho del Antiguo Régimen y en el contemporáneo. La inalienabilidad podría tener sentido entonces formulada para grandes masas o categorías de bienes porque existían modos semifeudales de enajenación de ellos, lo que no tendría sentido en el mundo contemporáneo. El dato fundamental no es la naturaleza física del bien tomado en su conjunto —el río Duero, en el ejemplo del Consejo de Estado—, sino la afectación o destino a la utilidad pública, superando el destino al uso público o al servicio público. «Las dependencias del dominio público no son, por su naturaleza, objetos insusceptibles de propiedad, sino que, por el contrario, son propiedades públicas sometidas a una afectación» (78). Si esto es así, por lo que concierne en concreto a las riberas del mar, al tener en cuenta no el conjunto de las mismas sino una porción, es cuando se plantean los problemas en la realidad.

No obstante el rechazo del carácter natural o condición física de las cosas como fundamento de su pertenencia al dominio público, HAURIUO no se sustrae completamente a la idea que subyace en la tesis al hablar de una «suerte de predestinación jurídica». Como ha subrayado PELLOUX, no deja de ser un «singular abuso»: las mismas cosas son susceptibles de regímenes jurídicos diferentes (79).

Desde el punto de vista que aquí se está considerando, no difiere de esta dirección la tesis de DUGUIT o de JÉZE, que ponen el acento en la afectación al servicio público y, en función del papel que aquéllos juegan en éste, hablará el primero de una «escala de la dominialidad».

Por el contrario, la tesis de BERTHÉLEMY sigue poniendo el acento en la naturaleza de los bienes que no pueden ser objeto de propiedad privada porque están destinados al uso público. Esa naturaleza puede ser originaria (un río) o adquirida (una carretera), lo que evidencia que la apelación a la naturaleza no equivale a la condición física «recibida». Se trata de una naturaleza jurídica: el destino al uso público, en el que confluyen bienes del tradicional dominio público natural y el dominio público *artificial* (80). Una distinción equivalente aparece en la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866, se-

(78) *Ibidem*, pág. 648.

(79) VECTING, *op. cit.*, pág. XI.

(80) Cfr. *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 12.^a ed., 1930, págs. 478 y ss. Según la STS de 31 de mayo de 1988, *supra* citada, el tratamiento jurídico de uno y otro «no es ni puede ser el mismo». CLAVERO (*op. cit.*, págs. 115-116) apunta que las enajenaciones de los bienes no pertenecientes al llamado dominio público natural podrían beneficiarse «con rasgos de anulabilidad», en lugar de aplicárseles la nulidad.

gún la cual se adoptan «por primera vez estas clasificaciones del dominio». Dentro del dominio público de la nación están «aquellas cosas cuyo uso es común por su propia naturaleza o por el objeto a que se hallan destinadas».

Por todo lo expuesto, la dirección doctrinal, a mi juicio, más conforme con la realidad de los tiempos —presentes y pasados— es la que rechaza la concepción del dominio público natural como dominio necesario. Para decirlo con palabras de MARIENHOFF, «no hay bienes públicos naturales o por destino natural; su existencia depende de la voluntad del legislador» (81), que, obviamente, puede ser —y es— mudable.

De ahí que la afectación sea dato decisivo —«pieza clave»— para la inclusión de un bien en la categoría de dominio público, al que se aplica el régimen jurídico correspondiente; «es una decisión del poder público, el ejercicio de una potestad» (82). La naturaleza del bien justificará que tal afectación se haga de una determinada manera: por la Constitución o la Ley (art. 132.2 de la CE), por la Administración en aplicación de la Ley (apartados 7 y 8 del art. 4 de la LC), genéricamente o individualizadamente (83).

El esfuerzo de MAUNZ por individualizar la «cosa pública» diferenciándola de la «cosa civil», como una «realidad jurídica», se sitúa muy lejos de la órbita del dominio natural, tal como anteriormente se ha expuesto (84). Se pone el acento sobre el régimen jurídico, más que en la naturaleza como realidad física de la cosa. De ahí la mutabilidad posible —y deseable— del régimen jurídico, de acuerdo con la realidad social, en contraste con la «ahistoricidad histórica» de la construcción del dominio público natural que se reconoce en las sentencias comentadas. La calificación del dominio público marítimo-terrestre es una determinación del legislador, no deriva del «orden de

(81) *Tratado de dominio público*, Buenos Aires, 1960, pág. 43. Para E. RIVERO («Las afectaciones y desafectaciones naturales de la zona marítimo-terrestre en el Derecho español», en *Estudios en homenaje al profesor LÓPEZ RODÓ*, vol. II, 1972, pág. 349), la playa «no es un bien afectado naturalmente, sino legalmente». A. SÁNCHEZ BLANCO (*La afectación de bienes al dominio público*, Sevilla, 1979, págs. 145-156) se pronuncia en contra del dominio público natural. A. MENÉNDEZ REXACH (*op. cit.*, pág. 37 por nota) critica la STC 227/1988 por confundir afectación genérica y demanio natural, ya que sólo hay dominio público cuando una ley así lo declara. En general, cfr. J. I. MORILLO, *op. cit.*, págs. 97 y ss. Con alguna duda sobre su contenido, A. E. DE ASÍS ROIG, *Política demanial externa y medio ambiente*, «RDU», 125 (1991), pág. 47.

(82) Cfr. L. PAREJO, *op. cit.*, pág. 2408.

(83) Y todavía cabe alguna precisión más en la doctrina francesa como consecuencia de la funcionalidad que se atribuye al «service public». No sería suficiente la afectación genérica al servicio público, sino que es necesario que los bienes estén «par nature ou par des aménagements particuliers adaptés exclusivement ou essentiellement au but particulier de ces services». Cfr. J. DUFAU, *Le domaine publique*, París, 1987, pág. 65.

(84) *Ibidem*, págs. 2406-2407.

la naturaleza», aunque la «naturaleza de las cosas» explique o justifique el régimen jurídico —de dominio público— que se les aplica.

Por eso tenía sentido la supresión del adjetivo natural aplicado al dominio público que se propuso y se aceptó en el debate constitucional. El equívoco que generaba tenía detrás una larga historia (85).

El dominio público es decisión positiva y categoría históricamente siempre abierta (86) y mutable. Ello no quiere decir que la condición natural de los bienes —entendida como condición física— no tenga relevancia para el Derecho, con consecuencias directas en relación con la afectación, con la determinación de los bienes que constituyen el dominio y su deslinde, como de su subsistencia y cesación.

6. EL DOMINIO PÚBLICO DEL ARTÍCULO 132 DE LA CONSTITUCIÓN

Por primera vez en nuestra historia —se recordó inicialmente— se constitucionaliza el dominio público, con la importancia que ello supone al atribuirle el carácter de bien constitucional, recogiendo una idea arraigada socialmente que plantea un reto para los juristas.

La innovación y el respaldo social permitían interpretaciones radicales de los preceptos constitucionales. Para lo que ahora interesa (87) conviene recordar que el apartado 2 del artículo 132 de la Constitución de 1978 dice que «son bienes de dominio público estatal los que determina la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental».

Poca duda ofrece la importancia que a la determinación de la ley se da en el citado precepto. La duda podría plantearse en el «en todo caso», que sería susceptible de interpretarse con un significado «intemporal» ligado al concepto de dominio natural necesario de los bienes enumerados.

No parece, sin embargo, que sea forzada la interpretación literal consistente en entender que, frente a la reserva de ley ordinaria para la determinación de qué bienes forman parte del dominio público, la Constitución haga directamente la determinación de algunos de ellos que necesariamente, es decir, vinculando al legislador y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), son de dominio público (88).

(85) Cfr. J. L. MEILÁN, *op. cit.*, pág. 373, con expresa referencia a la tesis de HAURIU.

(86) Cfr. BIONDI, *Los bienes*, Barcelona, 1961, pág. 282, cit. por E. MORILLO, *op. cit.*, pág. 53.

(87) Un análisis más amplio, en I. MORILLO, *op. cit.*, págs. 75-85.

(88) En ese sentido, A. MENÉNDEZ REXACH, *La configuración del dominio público marítimo-terrestre*, en «Jornadas sobre la Ley de Costas», Santiago de Compostela, 1992, págs.

El problema sería sencillo, o incluso no existiría problema, si no mediase la cuestión de los enclaves privados a que hace referencia la disposición transitoria primera de la ley. De acuerdo con los debates parlamentarios, que constituyen un elemento interpretativo, tanto la supresión de los términos «por naturaleza», que figuraban en el originario artículo 122.2, como las intervenciones en el Senado permiten sostener la compatibilidad de la calificación constitucional de playas y zona marítimo-terrestre como bienes de dominio público en todo caso y el reconocimiento de apropiaciones privadas anteriores a la Constitución.

Esta no fue la única interpretación. Junto a interpretaciones maximalistas, fue también adelantada la de transformar las propiedades reconocidas por sentencias firmes en concesiones, ya que aquéllas resultarían una contradicción esencial con el dominio natural necesario (89).

Sin perjuicio de tratar específicamente más adelante la cuestión, la interpretación del Tribunal Constitucional del artículo 132.2 de la Constitución es acorde con lo que es un entendimiento razonable del «dominio natural». El artículo 132.2, al decir que, en todo caso, son bienes de dominio público determinados bienes, como las playas y la zona marítimo-terrestre, dirá la STC 227/1988, de 29 de noviembre, sobre la Ley de Aguas, «se está refiriendo no a bienes específicos o singularmente identificados, sino a tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas».

De ello se deduce que los primeros pueden ser o no de dominio público «en virtud de una afectación singular» y no en virtud de ley cuando se quiera afectar al dominio público «categorías de bienes formados por la naturaleza», a semejanza de los que en el propio texto constitucional se declaran de dominio público.

Tanto en estos dos últimos casos como en el primero, lo fundamental es la determinación —o afectación— por el constituyente, por el legislador ordinario o por la Administración. Las características físicas de los bienes permiten esa diferente afectación. Así parece reconocerlo la citada sentencia; determinados tipos de bienes como las playas y la zona marítimo-terrestre «constituyen categorías o gé-

39 y ss., que habló de dominio público por imperativo constitucional y por determinación legal. Por ello no me parece acertada la apreciación de A. E. DE ASÍS ROIG (*Policía demanial externa y medio ambiente*). Algunas reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, «RDU», 125 (1991), según la cual la determinación constitucional directa de dominio público se refería a bienes en sí —dominio público natural— y la determinación por el legislador ordinario al «demanio subordinado o artificial» que identifica con el relacionado con la obra pública, el uso público, el servicio público.

(89) Cfr. J. L. MEILÁN, *op. cit.*, págs. 373-376. Es la opinión de SAINZ MORENO, *Playas y zona marítimo-terrestre*, núm. 99 de esta REVISTA (1982).

neros enteros definidos por sus características físicas o naturales homogéneas», que —se dice— «doctrinalmente se han definido como pertenecientes al demanio *natural*».

La STC 149/1991, de 4 de julio, sobre la Ley de Costas, confirma esta tesis al limitarse a decir, con evidente cautela, que el artículo 132.2 de la Constitución «utiliza sólo conceptos referidos a la realidad física y no categorías jurídicas». Es un modo de determinar la afectación, con un evidente contenido normativo creador y no meramente constatador, aclaratorio o reiterativo o recordatorio de una norma preexistente, lo que resulta congruente con la afirmación del Tribunal Constitucional según la cual «desde el momento mismo de la promulgación del texto constitucional todos los espacios enumerados en el artículo 132.2 se integran en el dominio público del Estado».

Ha de reconocerse, sin embargo, que la frase permite cierta ambigüedad, dentro de lo que podría denominarse «política jurisprudencial», pero el sentido que aquí se le atribuye queda confirmado por la posición del Tribunal Constitucional en torno a los «enclaves privados» a que se refiere la disposición transitoria primera de la LC.

El precepto del artículo 132.2 es, por tanto, una norma para el futuro. Ello se deduce del mismo valor «pro futuro» que se otorga al contenido de los artículos complementarios 8 y 9, cuyo apartado 1 dice que «no podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre», que se relaciona explícita e implícitamente con el artículo 7, en el que se recogen los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de dominio público marítimo-terrestre.

El Tribunal Constitucional, cauta o prudentemente, declara que «no se admite ni se niega en ellos la existencia de derechos adquiridos, a los que pretendieron hacer referencia en el momento de elaboración de la Constitución algunas enmiendas» y, sin perjuicio de examinar la cuestión al tratar de las disposiciones transitorias, «como simples disposiciones generales y abstractas, estos preceptos —concluye el TC— no sólo no son, en consecuencia, contrarios a la Constitución, sino cumplimiento del mandato que ésta dirige al legislador».

De acuerdo con el carácter de norma para el futuro se entiende la afirmación que realiza la citada STC 149/1991 —f.j. 8.A)—:

«Sustraer del comercio privado los terrenos que forman parte de la ribera del mar no es una regulación del derecho de propiedad y en consecuencia no puede de-

cirse que las normas que disponen tal sustracción restrinjan o limiten, más allá de lo necesario, ese derecho. Cosa bien distinta es que la eliminación de los derechos de propiedad existentes sobre terrenos que la Constitución incorporó al demanio pueda ser considerada como privación de tales bienes y haya de dar lugar, por consiguiente, a una indemnización, pues ésta es cuestión que atañe al respeto de la garantía expropiatoria, que la propia Constitución reconoce.»

7. EL DOMINIO PÚBLICO NATURAL EN LA LEY DE COSTAS Y SU REGLAMENTO

El texto decisivo para analizar si la Ley de Costas recoge o no el denominado dominio público natural entendido como dominio público necesario e intemporal lo proporciona fundamentalmente el tratamiento que en ella se hace de los «enclaves». Parece, pues, necesario tratar primero este tema para analizar posteriormente el articulado de la Ley de Costas y de su Reglamento.

7.1. *Los «enclaves privados» en el espacio demanial marítimo*

Un poco más arriba ha quedado manifiesta la interpretación del Tribunal Constitucional acerca de los artículos 8 y 9 de la LC. Leídos aisladamente, si no existiesen las disposiciones transitorias, facilitarían una interpretación proclive a la tesis del dominio público natural necesario, lo cual no era impensable teniendo en cuenta el peso de la corriente doctrinal que la sustentaba y la encomiable finalidad regeneradora de la LC. A ello podría incluso contribuir la variación que experimentó la redacción de la disposición transitoria primera del proyecto de ley en su paso por las Cortes Generales y que presentaría un cierto valor emblemático en defensa del dominio público en contra de «privatizaciones» anteriores.

La primera redacción de la citada disposición decía que los terrenos de la zona marítimo-terrestre o playa que hayan sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme quedaban sujetos al régimen de autorizaciones por la Administración del Estado para una serie de actividades «con sujeción a las reglas aplicables al dominio público» y, además, *al régimen de utilización del dominio público marítimo-terrestre*, que es libre, público y gratuito para los usos comunes y acorde con su naturaleza.

Es decir, se reconocía la subsistencia de propiedades privadas pero con la servidumbre propia del dominio público, de acuerdo con la tesis defendida por un miembro del Tribunal Constitucional en relación con la Ley de Costas de 1969 (90).

La definitiva redacción parece un paso adelante en relación con la mayor relevancia del dominio público, amparándose en su inicio en una referencia al texto constitucional:

«En virtud de lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución los titulares de espacios de la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial que hubieran sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de esta ley pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre.»

La redacción parece deudora de otra tesis doctrinal (91). La referencia al artículo 132.2 de la Constitución inclina a pensar que para el legislador después de la entrada en vigor no pueden existir enclaves de propiedad privada, por ser incompatibles con el concepto de dominio público. No es que no puedan subsistir y que deban desaparecer, es que nunca pudieron existir como auténticas propiedades privadas, y de ahí su conversión automática en concesiones, es decir, en derechos de contenido económico compatibles —coherentes— con la naturaleza jurídica del dominio público y de sus principios inspiradores. La tesis doctrinal sobre esa conversión automática y necesaria parece coincidir con la *mens legislatoris* y no está excluida necesariamente de la interpretación de la norma, lo que suscitó alarma en algún sector doctrinal (92).

Aquella impresión se desprendía de las un tanto triunfalistas palabras de la Exposición de Motivos: «La Ley cierra el paréntesis de signo privatizador que inicia la Ley de Aguas de 1866, con un equívoco respeto de los derechos legítimos adquiridos que no deberían ser otros que los concesionales.»

La citada STC 149/1991 no ha aceptado finalmente esta interpretación, aunque no faltan huellas de su proximidad. Se reconoce la

(90) Cfr. J. LEGUINA, *La defensa del uso público de la zona marítimo-terrestre*, «REDA», 2 (1974), págs. 185 y ss.

(91) Cfr. F. SAINZ MORENO, *op. cit.*; sobre la parquedad de la justificación de la enmienda del grupo socialista del Senado con ese texto, cfr. A. MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, Madrid, 1990, pág. 128, por nota.

(92) Así lo entendió J. A. LÓPEZ PELLICER, *Los derechos adquiridos en zonas del dominio marítimo-terrestre ante la nueva Ley de Costas*, «REDA», 68 (1990), págs. 556-557, cfr. J. L. MEILAN, *op. cit.*

existencia de títulos privados sobre terrenos enclavados en el dominio público, aunque se entiende que, en virtud del artículo 132.2, no deben subsistir. Realidad preexistente que concreta la genérica expresión «derechos adquiridos» de la Ley de Costas de 1969, reconociendo que «parece admitir o presuponer la naturaleza dominical de tales derechos». Después de aludir ponderadamente a las tesis de «parte de la doctrina» y a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, declara inequívocamente que «la norma acepta ... la existencia de auténticas titularidades dominicales privadas en determinadas dependencias del dominio público marítimo-terrestre», *descartando así, implícitamente, la posibilidad interpretativa plasmada en alguna jurisprudencia según la cual esas titularidades no podían ser sino derechos de aprovechamiento, aun cuando lo fuesen sin limitación temporal*. Es patente que el Tribunal Constitucional no respalda la «doctrina absolutista del demanio», que concebía el dominio público natural como dominio necesario.

Además de razones históricas y doctrinales (93), podría utilizarse el argumento *quia absurdum*. Aquel planteamiento haría imposible no sólo que el legislador ordinario entendiese de diferente modo la cuestión, reconociendo la propiedad de los enclaves, sino que ni siquiera el constituyente pudiese variar ese criterio —de haberlo admitido—, ya que iría contra un orden natural que se le impondría.

La STC 149/1991 ha reconducido con notoria habilidad los planteamientos maximalistas «jaleados» por la Ley de Costas, interpretando la conversión del título como una operación automática, pero mediando un paso intermedio aunque simultáneo: la conversión trae su causa no del reconocimiento de una situación jurídica, calificada erróneamente con anterioridad, sino de una «singular forma de expropiación». Dicho en palabras de la sentencia, «la conversión del título que faculta para la ocupación y aprovechamiento del dominio público es simultáneamente *un acto de privación de derechos y una compensación por tal privación*».

El Tribunal Constitucional «echa un capote» al legislador diciendo que «la relación entre expropiación y conversión del título, de una parte, y la naturaleza compensatoria de la concesión que se otorga, de la otra, no aparecían tal vez con absoluta nitidez en la propia ley». Por lo que se expuso anteriormente, podría sostenerse que esa relación no era presumiblemente la contemplada por el legislador. Precisamente por ello, el propio Tribunal tiene que acudir a una explicación innecesariamente alambicada: que la conversión del título sea a la vez expropiación y justiprecio.

(93) Cfr. J. L. MEILÁN, *El dominio público natural...*, cit.

De otro modo, sin el pie forzado de la literalidad de la citada disposición transitoria primera, lo más sencillo hubiera sido acudir a la teoría de la indemnización derivada de acto del legislador o, más sencillamente, entender que, con fundamento en el artículo 132.2 de la Constitución, el Estado podrá expropiar las propiedades singulares de unos concretos propietarios. Y hasta podría admitirse que el peculiar justiprecio de la expropiación fuese el contenido económico de la concesión que se otorga por treinta años, prorrogables por otros treinta, «respetando los usos y aprovechamientos existentes, sin obligación de pagar canon».

La STC 149/91 fuerza, en mi opinión, la interpretación del artículo 132.2 de la Constitución en aras de interpretar conforme a ésta la disposición transitoria primera de la LC, influida por la concepción del demanio natural que expresamente rechazó. Así ha de entenderse el imperativo contenido en el precepto de que las propiedades que son enclaves «deben cesar», ya que «esas titulaciones recaen sobre unos bienes —zona marítimo-terrestre y playas— que por sus propias características físicas y naturales *eran* y *son* de dominio público». (Si eran de dominio público, ¿cómo se justifica la expropiación forzosa?)

En esa dirección, quizá yendo un poco más allá, se ha manifestado un miembro del Tribunal Constitucional al comentar la citada sentencia, sosteniendo que «la pérdida de la titularidad dominical se produjo el mismo día de la entrada en vigor de la Constitución» (94).

Entiendo que esa tesis viene, de algún modo, condicionada por la solución adoptada por la sentencia al reconocer la existencia de auténticas propiedades. Pero si esto es así, resulta razonable admitir que esas propiedades *no eran* dominio público antes de la Constitución, por elemental vigencia del principio de contradicción: una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Los terrenos de propiedad particular se encontraban antes y ahora en zonas que genéricamente eran calificables de dominio público; por eso se denominaban enclaves. Después de la entrada en vigor de la Constitución se encontraban en la misma situación. Antes de la Constitución podían ser expropiados; y también pueden serlo después.

La situación no ha variado, aunque la declaración de dominio se haga ahora al nivel de la Constitución y no de ley ordinaria. Si acaso, esta circunstancia puede presionar más al legislador ordinario y a la Administración a reincorporar al dominio público parcelas que salie-

(94) Cfr. J. LEGUINA, *La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Costas*, en «Jornadas sobre la Ley de Costas», Santiago de Compostela, 1992, pág. 175: «La integración en el demanio de todos los enclaves de propiedad privada existentes en el mismo no se ha producido por la Ley de Costas, sino directamente por la Constitución».

ron de él, hablando obviamente en términos jurídicos, no físicos. Que en adelante no pueda enajenarse ninguna parcela del dominio público no impide que se reconozca que se haya hecho en el pasado, como declara la propia sentencia.

El artículo 132.2 de la Constitución puede constituir *causa expropriandi*, pero me parece excesivo entender que contenga un mandato de expropiar. Sería acaso bueno, pero no es jurídicamente indispensable. En definitiva, la Constitución reconoce la preexistencia de esos derechos que pugnan ahora —como pugnaban antes— con la calificación de dominio público de la zona física en la que están enclavados.

Esa «singular forma de expropiación» da lugar a artificios varios. La disposición transitoria 1.^a de la Ley subordina la conversión del título de propiedad en concesión a que los titulares solicitaran la correspondiente concesión en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley (el 29 de julio de 1988), por lo que, en primer lugar, como se ha observado, tal transformación no se operaba *ex lege*, sino mediante un acto administrativo (95) y, además, previa petición del interesado. Para salvar la inactividad del titular, el Reglamento de la Ley de Costas, en su disposición transitoria primera, 2, tuvo que prever que, transcurrido el citado plazo sin que se hubiera solicitado la concesión, «la misma se otorgará de oficio, salvo renuncia expresa del interesado», a quien el apartado 4 reconoce expresamente como «el anterior propietario ... de la antigua propiedad privada» (96).

En primer término, como reconoce la STC 149/1991, admitida la constitucionalidad de la indemnización en que consiste la concesión sin canon, «nada impide que los afectados por la expropiación puedan impugnar ante la jurisdicción competente el acto administrativo de conversión de su título dominical en título concesional».

En segundo lugar, si de oficio se otorga la concesión aunque no se solicite, no parece que, desde el punto de vista del legislador, tenga ninguna importancia que se solicite (97); otra cosa quizá pueda suceder, al menos teóricamente, desde el lado del «anterior propietario» a la hora de impugnar el acto administrativo.

Desde la perspectiva de una expropiación no tan peculiar como ésta, la no solicitud debería equivaler a la no aceptación del justiprecio, lo que pone de manifiesto las consecuencias que se seguirían de

(95) J. M. GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE, *Problemas de interpretación de la Ley de Costas desde la perspectiva judicial*, en «Jornadas sobre la Ley de Costas», Santiago de Compostela, 1992, pág. 153.

(96) El Reglamento, que es de diciembre de 1989, proporcionó una interpretación «auténtica» al Tribunal Constitucional para su STC 149/1991.

(97) Cfr. GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE, *op. cit.*, págs. 153-154.

ello dada la naturaleza «en especie» del justiprecio. ¿Tendría sentido un litigio contencioso después de la declaración de constitucionalidad de la conversión del título? La posibilidad, admitida por el Tribunal Constitucional, ¿ha de entenderse genéricamente aunque se refiera a los casos concretos resueltos por sentencias judiciales firmes? Dada la relevancia que se ha atribuido al precepto constitucional, ¿no podría la Administración ocupar el bien ante la falta de solicitud de la concesión en lugar de otorgarla de oficio?

Una vez más se revela la artificiosidad de la solución y el contrasentido del legislador. Lo que se interpreta como mandato de la Constitución se traduce en el caso comentado en una vinculación para la Administración a seguir manteniendo durante treinta años el terreno en las mismas condiciones que antes de la Constitución. La aplicación, sin más del instituto expropiatorio, hubiera obviado los problemas y las dudas que acaban de sugerirse (98). Bien es verdad que la solución adoptada permite a la Administración ser mucho más económica. Un argumento de orden pragmático en contra de la tesis «hegeliana» del dominio público natural.

El legislador podía haber seguido el precedente de la Ley 29/1985, de 12 de agosto, de Aguas, que en palabras de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, dio «nueva regulación de los derechos individuales sobre las aguas continentales, pero no altera los efectos jurídicos de los derechos que la legislación anterior reconocía mientras estuvo en vigor». Cosa distinta es que el nuevo régimen legal no reconozca ya, en adelante, algunos de aquellos derechos o que los regule de manera más restrictiva (fundamento jurídico 9) (99).

(98) La congruencia del mecanismo expropiatorio «normal» resulta especialmente clara en el caso de que terrenos de propiedad privada que físicamente *no estaban* en la zona marítimo-terrestre o en las playas tal como las define ahora la LC, como puede ocurrir con las dunas, y en general con el supuesto contemplado en la disposición transitoria primera 4 (terrenos situados entre el antiguo deslinde y el nuevo practicado en virtud de la LC) a los que se da el mismo tratamiento que a los enclaves del apartado 1 de la misma disposición.

Cfr. A. MORENO, *op. cit.*, págs. 126-130, especialmente crítico con la fórmula de la LC y partidario de la expropiación. De otra parte, la técnica expropiatoria es expresamente contemplada por la LC en su disposición adicional tercera y artículo 29.2.

(99) Del fundamento jurídico 12: «... las Disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley 29/1985 permiten a los interesados mantener la titularidad de sus derechos «en la misma forma que hasta ahora», lo que, a la luz del apartado 3 de ambas Disposiciones, significa que se respetan íntegramente, con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material con que hasta la fecha de su entrada en vigor se han venido disfrutando, aquellos derechos o facultades anejas a la propiedad fundiaria, es decir, en la medida en que forman parte del patrimonio de su titular. Cosa distinta es que, de acuerdo con el apartado 4 de dichas Disposiciones transitorias, tales derechos deban ejercerse en adelante con respecto a «las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico».

7.2. La determinación del dominio público marítimo-terrestre

La determinación del dominio público marítimo-terrestre, que es uno de los fines de la LC, se contiene en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley. La diferenciación de los artículos no es caprichosa, ni meramente convencional.

Podría afirmarse en una primera aproximación que el contenido de los artículos 3 y 5 de la LC responde a un determinado entendimiento del dominio público natural —en un sentido físico o de lo que ofrece la naturaleza, por contraste con el dominio público artificial al que se referirá el artículo 4— que comprendería el resultado de la acción del hombre (100). Podría entenderse también que se trataría de una contraposición entre destino natural de unos bienes frente a la afectación al uso público de otros (101). En realidad, no se trata exactamente de una cosa ni de otra; se mezclan los diferentes criterios.

La diferenciación se establece en relación con el artículo 132.2 de la Constitución. Este precepto habilita para que por Ley se determine lo que sea dominio público diciendo que, en todo caso, lo serán la zona marítimo-terrestre y las playas. A ellas se refiere el artículo 3.1 de la LC, que define la ribera del mar y de las rías, de modo que existe una correlación *formal* con la Constitución que vincula al legislador.

El legislador ordinario, en realidad, se encuentra *vinculado* por la Constitución, que reconoce como bienes constitucionalmente protegidos los citados, a los que integra en la categoría del dominio público y aplica su régimen jurídico cualquiera que sea el fundamento. Playas y ZMT son dominio público por determinación del constituyente; el legislador ordinario no puede dejar de incluirlas en el dominio público.

El artículo 4 de la LC responde a la *habilitación* que contiene el citado artículo 132.2 de la Constitución, lo que explicaría el inciso inicial de aquel precepto («pertenece *asimismo* al dominio público marítimo-terrestre estatal...»).

En el artículo 4 nos encontramos con bienes de dominio público que, aunque por determinación del legislador, se definen al modo de los del artículo 3, con una afectación basada en las condiciones físicas o naturales. Así sucede con los «acantilados sensiblemente verti-

(100) Es clasificación corriente en la doctrina francesa actual. Cfr., *ad exemplum*, A. DUFAL, *Le domaine public*, París, 1987, págs. 82 y ss. y 102 y ss.

(101) Para A. DE ASÍS ROTG, *op. cit.*, el dominio público marítimo-terrestre, sin distinción alguna, es dominio público natural en el sentido de la STC 227/1988.

cales, que estén en contacto con el mar» (apartado 4) que hubieran podido incluirse en la ampliada ZMT del artículo 3.º, como evidencia el apartado 5 del artículo 4, que los incluye al lado de las playas y la zona marítimo-terrestre definidas, a su vez, por sus «características naturales». No parece que hubiera constituido un obstáculo insalvable para ello incluir la «parte seca» del acantilado, como no lo ha sido incluir en las playas las dunas formadas por la acción del viento. El carácter decisivo de la condición física se refuerza con las precisiones que realiza el artículo 6.3 del Reglamento de Costas (ángulo igual o superior a 60 por 100 en relación con el plano horizontal, incluyendo bermas o escalonamientos antes de su coronación).

Un caso característico del entrecruzamiento de lo «natural» y lo «artificial» es el de terrenos invadidos por el mar. El apartado 3 del artículo 4 de la LC dice taxativamente que pertenecen al dominio público marítimo-terrestre «los terrenos invadidos por el mar que pasen a formar parte de su lecho por cualquier causa». Expresado así, no parece que exista duda alguna de que el supuesto sería reconducible al artículo 3.2 y que nos encontramos ante una circunstancia física meramente constatable para su calificación demanial.

El argumento puede ser reforzado con lo que dispone el artículo 6.2 de la LC: si no se realizan las obras de defensa previstas en el apartado 1 con los requisitos allí establecidos, la invasión por mar de los terrenos será el dato físico terminante —comprobable fácticamente— de la calificación de aquéllos como dominio público.

Las cosas, sin embargo, no son tan lineales, como se encarga de ilustrar el RC. Se califican de dominio público terrenos aunque no hayan sido inundados por el mar y se niega en otros casos esa calificación aunque se haya producido la inundación.

Así, el artículo 6.2 del RC declara que son de dominio público los terrenos «naturalmente inundables cuya inundación por efecto de las mareas haya sido impedida por medios artificiales tales como nuevos terraplenes, compuertas u otros sistemas semejantes». Sin embargo, no tendrán aquella condición «los terrenos inundados mediante técnicas artificiales cuya cota sea superior a la de la mayor pleamar».

Se comprende cuál es la intención del legislador: prohibir que, por obras del hombre, se impida artificialmente que un espacio tenga las condiciones físicas que lo calificarían de dominio público. La cuestión se complica con lo dispuesto en los artículos 6.1 de la LC y 9.1 del RC. Los propietarios pueden construir obras de defensa para evitar que se haga realidad la amenaza de invasión de sus terrenos por el mar o arenas de las playas, sea debido a causas *naturales* o artificiales. En este caso el legislador entiende que es legítimo impedir

la invasión natural de unos terrenos de propiedad particular y evitar su transformación automática en pertenencias del dominio público.

Se ha justificado ese diferente trato con el del 6.2 del RC en la diferente finalidad de las obras: en este caso la acción del hombre iría encaminada a un beneficio personal en detrimento de lo que es de todos (*res communes omnium*) y en el segundo de obras de defensa de las costas (102). Salvando la buena intención del legislador y de sus intérpretes «auténticos», ha de concluirse, como mínimo, que la exacta apreciación de los diferentes casos, con la trascendental consecuencia jurídica que se deriva de ello, no es fácil de conseguir a través de un mero mecanismo de constatación de la realidad como conviene al dominio definido en virtud de las características físicas de los bienes.

Tampoco es fácil la constatación física de las dunas, a las que el artículo 3.1.b) de la LC incluye dentro de las playas, en una evidente ampliación del tradicional concepto de ribera del mar que el Tribunal Constitucional ha estimado correcta. Se consideran tales las que hayan sido formadas no sólo por la acción del mar, sino también por «el viento marino u otras causas naturales o artificiales», tengan o no vegetación. El legislador ha querido zanjar con esta amplia descripción cualquier duda acerca del carácter demanial de las dunas, a pesar de la dificultad que implica identificar los distintos fenómenos (en realidad no haría falta que se refiriese al viento marino si cierra la enumeración con cualquier causa).

El artículo 4.d) del RC ha puesto en evidencia la dificultad de tan ambicioso deseo, ya que dispone que se incluyen en la delimitación de la playa, además de las dunas «vivas» o «en desarrollo, desplazamiento o evolución», las «fijadas por la vegetación hasta el límite que resulte necesario para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa». Difícilmente nos encontramos aquí con hechos, datos físicos, susceptibles de constatación, de conceptos jurídicos indeterminados; se trata más bien de apreciaciones que responden a la discrecionalidad administrativa (103).

El carácter de dominio natural aplicable indiscriminadamente al dominio público marítimo-terrestre quiebra en algunos de los supuestos del artículo 4 de la LC. Es lo que sucede palmariamente con el apartado 5, según el cual pertenecen al dominio público marítimo-terrestre «los terrenos deslindados como dominio público que por

(102) Cfr. A. MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, págs. 46-47.

(103) A. MENÉNDEZ (*op. cit.*, pág. 48) reconoce que el criterio del RC «no resuelve todos los problemas prácticos que puedan plantearse con el deslinde». Más bien pone en evidencia una faceta abusiva del unitario régimen jurídico del deslinde en la LC, podría añadirse.

cualquier causa *han perdido sus características naturales* de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre», salvo que hayan sido desafectados previa declaración de innecesariedad (art. 18 LC) a los efectos de protección o defensa del dominio (art. 17 LC).

Las condiciones físicas no son, por tanto, decisivas para la permanencia dentro del dominio público. Una vez más es la determinación del legislador la que decide (104) y crea problemas que no pueden resolverse mediante la mera constatación de una realidad física y que resultan especialmente agudos si se pretende dar un carácter retroactivo al precepto, negando la posibilidad de desafectación tácita anterior a la LC.

El carácter natural está igualmente ausente en el supuesto del apartado 10 relativo a obras e instalaciones de iluminación de costas y señalización marítima construidas por el Estado, «cualquiera que sea su localización», que son también desafectables.

Lo mismo puede decirse de los supuestos contenidos en los apartados 7 y 8 de la LC: terrenos que no forman parte del dominio público marítimo-terrestre definido en el artículo 3.1 de la LC y que se incorporan a él porque así lo establece el clausulado de la concesión, o más claramente porque siendo colindantes con la ribera del mar se adquieren precisamente para su incorporación al dominio público marítimo-terrestre (105).

En el mismo sentido habrá que pronunciarse en relación con los apartados *b)* y *c)* del artículo 8 del RC: terrenos del Patrimonio del Estado o de propiedad privada que se expropian o adquieren para su afectación en ambos casos al uso propio del dominio público. El legislador habilita la ampliación del dominio público marítimo-terrestre previa expropiación o adquisición de terrenos privados que no son por definición de la ley.

La regulación de islas e islotes desde el punto de vista del dominio constituye una muestra más de que el carácter natural no es decisivo para su calificación como dominio público necesario. Para el futuro ha de entenderse que los islotes e islas son dominio público. Antes de la LC las islas eran propiedad del Estado o en la redacción de la Ley de Costas de 1969 pertenecían al Estado «en calidad de bienes patrimoniales» y, por tanto, eran enajenables como sucedió en más de una ocasión (106), lo que explica en parte la existencia de is-

(104) A. MENÉNDEZ (*op. cit.*, pág. 62) estima algo incoherente la redacción del artículo por entender que se refiere a cualesquiera terrenos deslindados. En mi opinión, lo correcto es reducir el alcance del precepto a los supuestos enumerados.

(105) Para un defensor tan ilustrado de la LC como A. MENÉNDEZ, el precepto supone «una utilización tácita ("desnaturalizada", si se quiere) del dominio público» (*op. cit.*, pág. 63).

(106) Caso de la isla de Sálvora (Galicia). Cfr. J. L. MEILAN, *El concepto...*, cit.

las de propiedad privada. La LC amplía el dominio público a las islas en general en lo que se ha denominado «un ejemplo más de utilización táctica del dominio público» (107).

Pero tanto las islas que sean de propiedad privada (art. 5 de la LC) como los islotes de propiedad particular con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley (disposición transitoria segunda, 3 de la LC) conservarán esta condición (108).

Otra muestra que ofrece la LC de que no puede entenderse el dominio público marítimo como natural necesario es la regulación de los «terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras y los desecados de su ribera» (art. 4.3 de la LC). Se trata de una innovación que cambia de un modo radical y consciente el Derecho anterior. Pues bien, pese a ese precepto y a la enfática declaración del artículo 9.1 de la LC de que no podrán existir terrenos de propiedad distinta de la del Estado en ninguna de las dependencias del dominio público marítimo-terrestre «ni aun en el supuesto de terrenos ganados al mar o desecados en su ribera», la disposición transitoria segunda de la LC declara que los que lo hayan sido «en virtud de cláusula concesional establecida con anterioridad a la promulgación de la ley serán mantenidos en tal situación jurídica».

Por tanto, terrenos que tendrían que ser de dominio público según la definición de la LC, que lo eran antes de la acción del hombre, no lo son para la LC. Se alegará para explicarlo que es «una excepción rigurosa a todo el sistema general de la ley» que se debe a «motivos de oportunidad o dificultad de recuperación o de integración de estos terrenos y sujetos a actividades urbanísticas» (109). La cuestión es que constituye un dato más en contra de la afirmación absolutista del dominio público. El artículo 9.1 es una norma para el futuro. Y de otra parte la comprobación de si las obras se realizaron o no al amparo de la concesión no se adecúa fácilmente a una mera constatación.

8. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

Cualquiera que hubiera sido la intención del legislador parece indudable que el análisis de la LC y la STC 149/1991 permite concluir que no se ha acogido en el Derecho positivo la tesis del dominio pú-

(107) Cfr. A. MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, pág. 68, con apuntes sobre la evolución histórica del tema.

(108) Que islotes e islas se regulen en distintos artículos se debe a la tramitación parlamentaria de la LC, según A. MENÉNDEZ REXACH (*op. cit.*, pág. 67).

(109) Cfr. J. LEGUINA, *La sentencia...*, págs. 178-179.

blico natural como dominio público necesario e intemporal que impedirá el reconocimiento de auténticas propiedades privadas existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la LC.

El uso multívoco y variado, explícito o implícito del demanio natural en la propia LC hace que la función y el valor que se da al deslinde no sea apropiado para todas las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre.

Según el artículo 13.1 de la LC el deslinde constata la existencia de las características físicas relacionadas en los artículos 3, 4 y 5 y al hacerlo declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado. El vuelco que esta regulación del deslinde —que tiene como precedente la declaración administrativa de monte vecinal— es espectacular; con su prevalencia, además, sobre las inscripciones en el Registro de la Propiedad.

Esa constatación tiene sentido —independientemente del juicio valorativo que merezca— en relación con bienes definidos físicamente que no admitan excepciones. Cuando eso no ocurra y entran en juego cuestiones de índole jurídica la regulación que hace la LC, sin distinguir, resulta abusiva, minusvalorando un principio de interés general como es la seguridad jurídica (110). El problema es de primera magnitud porque, en definitiva, el dominio público marítimo-terrestre se juega en la práctica del deslinde.

El legislador no tiene por qué encontrarse vinculado por el concreto entendimiento que a lo largo de la historia se ha dado de la «ribera del mar» y que playas y zona marítimo-terrestre del texto constitucional han de interpretarse respetando su «valor léxico» —la interpretación literal— pero también contando con la realidad social del momento en que la Constitución se redacta. Ello explica que porciones de terreno, teóricamente consideradas como destinadas al uso común, hayan adquirido un interés práctico mucho más relevante, por nuevas necesidades recibidas colectivamente, como sucede con el turismo o con el medio ambiente, título en el que, precisamente, se hizo fuerte el Tribunal Constitucional para enfrentarse con el problema de distribución de competencias en el Estado autonómico (111).

Precisamente ese relativismo que manifiesta la evolución del progreso explica que la utilización permitida de porciones del *litus ma-*

(110) Con evidente sentido común y jurídico DUFUO, *op. cit.*, subraya que «el procedimiento y los efectos de la operación de delimitación varían según que se trate del dominio público natural o del artificial» (pág. 185). En el primer caso, la Administración no hace más que «constatar la existencia de determinados fenómenos de orden físico» (pág. 194).

(111) Cfr. J. L. MEILÁN, *La Ley de Costas y las competencias de las Comunidades Autónomas*, en «Jornadas sobre la Ley de Costas», EGAP, Santiago de Compostela, 1992, págs. 129-147.

rios romano, dejando a salvo, sin perjudicar el uso común (112) tuviese menos límites que en el momento actual en el que ese uso no debe preservar sólo los intereses contemplados en las fuentes romanas o medievales sino las que debe atender el Estado social y democrático de Derecho que no puede, sin embargo, desconocer la historia, ni imponer *dogmae iuris* de valor universal e intemporal que, por otra parte, no parece que hayan existido.

La utilización instrumental, al servicio de intereses políticos —incluidos los de carácter social y económico— de la categoría de las *res communes omnium* ha sido puesta de manifiesto científicamente (113). Su inconsistencia jurídica, se ha llegado a decir, ha ido pareja con su utilidad como instrumento político al servicio de «altos ideales», por lo que, en expresión de BONFANTE:

«Una teoría che ha reso tali servigi è moralmente veneranda; scientificamente tutto è soggetto a revisione, perchè l'uomo è animale di fantasia e i moventi di grandi fatti della storia non sono mai puri motivi logici» (114).

El misterioso halo natural con que se ha rodeado a menudo el dominio público, trasunto de un *ordo iuris* necesario, no es más que la cobertura culta de legítimas decisiones que traducen una *ordinatio iuris*. En el estadio actual de la historia, del Estado social y democrático de Derecho no es necesario acudir, en esta materia, a predestinación jurídica alguna.

(112) Las dos posibles construcciones, según las fuentes, en KARADGE-ISKROW, *op. cit.*, pág. 102, por nota.

(113) Sobre la instrumentalidad de la categoría demanial, cfr. MARTA GARCÍA, *op. cit.*, págs. 4-12.

(114) *La proprietà*, I, pág. 49, *apud* U. ROBBE, *op. cit.*, pág. 24.

