

¿QUÉ ES EL DOMINIO PÚBLICO?

Francisco Martínez Vázquez*

El estudio de los diversos campos que abarca el Derecho Administrativo puede llevarnos fácilmente a constatar la relación que se traza entre todas las instituciones que conforman esta rama del Derecho, así como la imbricación entre estas instituciones y los grandes problemas que son comunes al Derecho Público en general. La Administración se desenvuelve como una gigantesca organización a la que se hace responsable del desarrollo continuado del interés público, para lo cual está dotada de una serie de medios jurídicos, económicos, personales y también materiales. En este sentido, no podemos desconocer el “rostro de organización”, persona jurídica que corresponde a la Administración Pública, lo cual se traduce en un complejo sistema instrumental al servicio de la causa última que justifica su misma existencia: la satisfacción de los fines públicos que tiene asignados. Dentro de su peculiar naturaleza y características, la Administración se identifica por una serie de prerrogativas que responden a esta misma causa final. En consecuencia, todo el ropaje que envuelve a la Administración Pública no se justifica por sí mismo, sino que obedece a una finalidad institucional de primer orden. Igualmente, los medios materiales, personales y financieros al servicio de la Administración tienen una naturaleza jurídica particular y un tratamiento propio y específico que los identifica frente a otras organizaciones humanas, y que apunta nuevamente al cumplimiento fiel de los dictados procedentes del interés general. Los medios al servicio de la Administración responden, por tanto, a las necesidades específicas que surgen en el normal desarrollo de la actividad administrativa.

En este sentido, el estudio de los bienes de la Administración Pública debe partir necesariamente de un

Existen conceptos jurídicos del Derecho Administrativo relacionados con la naturaleza jurídica, sobre los cuales encontramos posiciones totalmente controvertidas.

El dominio público es uno de aquellos conceptos poco trabajados por la doctrina nacional a pesar de alcanzar especial relevancia cuando intentamos calificar los bienes comprendidos bajo su esfera, especialmente en los casos de cesión de los mismos a terceros.

El autor pretende contribuir al debate presentando las dos principales posiciones: de un lado, la de los bienes como propiedad del Estado y, del otro, el dominio público como categoría autónoma del Derecho Administrativo¹, estudiando la valoración propia de cada una de las teorías y su utilidad.

Finalmente realiza un estudio sobre la manera como es tratado este concepto en la legislación peruana.

* Universidad Pontificia Comillas (Madrid).

terreno común a toda realidad administrativa, hundiéndose sus raíces en el complejo mundo de las prerrogativas y el control, de lo reglado y lo discrecional; del Derecho Público, en general. Esta primera advertencia no es estéril si tenemos en cuenta que en este campo del Derecho Administrativo encontramos claros paralelismos con el Derecho Privado, similitudes que no pueden negarse en el origen de esta disciplina, pero que pueden llevarnos al espejismo de construir un Derecho de naturaleza estrictamente pública basándonos en categorías propias del Derecho Civil, e incurriendo en una suerte de miopía jurídica que nos impida ver la esencia de las instituciones y su particular problemática. Por este motivo, un estudio relativo a los bienes de dominio público como categoría esencial dentro de los bienes públicos no puede sentar ninguna afirmación sin antes partir de una esencial reflexión acerca de la naturaleza jurídica del dominio público, abordada desde la perspectiva propia del Derecho Administrativo.

Por todo lo anterior, pretendo en estas páginas¹ poner de manifiesto las cuestiones esenciales en relación con el dominio público como categoría en la que se integra buena parte de los bienes de la Administración Pública, sin entrar en detalle en toda la complejidad de su régimen jurídico (de especial interés en lo que se refiere a las formas de protección del mismo y al aprovechamiento de dichos bienes) sino, más bien, intentando definir qué debe entenderse por dominio público. Para ello dividiremos la exposición en dos partes: en la primera trataremos de aproximarnos al debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del dominio público; y en la segunda nos dedicaremos a analizar las dificultades detectadas en el ordenamiento jurídico peruano sobre este particular; para terminar con las conclusiones que sirvan de síntesis de las ideas más relevantes.

I. PANORAMA DOCTRINAL EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DOMINIO PÚBLICO

Los estudios sobre realidades jurídicas acostumbran partir de reflexiones acerca de la naturaleza jurídica de las mismas, pues es ésta una forma de reseñar la marca de clase propia de todo lo que entra en el

campo de análisis del Derecho; nos preguntamos por la naturaleza específica que imprime carácter dentro del universo de realidades jurídicas. En este sentido, la reflexión en torno a la naturaleza jurídica del dominio público debe situarse en la trayectoria que ha ido marcando la propia evolución de los bienes públicos a lo largo de la historia, de tal suerte que necesitaríamos remontarnos al Derecho Romano para rastrear los primeros precedentes del tema que nos ocupa, detenernos posteriormente en el estudio de los bienes del *Princeps* y seguidamente la regalía como institución esencial del Derecho Medieval, para profundizar posteriormente en el punto de inflexión marcado por la Revolución Francesa y el nacimiento de la Administración contemporánea. Con posterioridad a la obra de la Revolución Francesa tiene lugar la acogida de la categoría de bienes públicos en el *Code* francés y de ahí su extensión a otros ordenamientos jurídicos. En cualquier caso, no es objeto de este trabajo profundizar en la evolución histórica del dominio público, si bien es de obligada referencia en cualquier análisis de esta institución, dado que, como señala Parejo Alfonso²: “Siendo la teorización del dominio público reciente (...) aparece no obstante poderosamente lastrada por elementos de arrastre histórico”. Pretender abundar en la complejidad de las instituciones y figuras jurídicas de las que trae causa el dominio público excede con mucho las pretensiones de un trabajo que busca, esencialmente, la delimitación de una serie de conceptos básicos y el cuestionamiento acerca de su encuadre en la legislación y doctrina científica peruana. No obstante, la advertencia queda hecha de antemano: la comprensión de este debate en toda su profundidad remite imperativamente al lector a los trabajos que de forma brillante abordan esta perspectiva histórica³.

Desde el punto de vista doctrinal, la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del dominio público puede reconducirse a una pregunta esencial: si los bienes que integran el dominio público son objeto de un derecho real de propiedad (en el sentido civil de este término) o, por el contrario, tienen una naturaleza diferente y alejada del esquema privado, una naturaleza propia y específica del Derecho Administrativo. Tras la recepción de la categoría en el Código Civil francés comienza a desarrollarse la producción doc-

¹ Este trabajo es una ampliación de uno anterior con título: “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del dominio público”, publicado en Propiedad Estatal (Apuntes Jurídicos y Administrativos), editado por la Superintendencia de Bienes Nacionales. Lima, 1998.

² PAREJO ALFONSO, Luciano. “Dominio Público: Un ensayo de reconstrucción de su teoría general”. RAP número 100-102 Vol. III enero – diciembre 1983. p. 2380

³ Podemos remitirnos, por ejemplo, a la misma obra citada del PAREJO ALFONSO, o igualmente a la publicación dirigida por SÁNCHEZ MORÓN: “Los bienes públicos (Régimen Jurídico)”, Madrid; Tecnos, 1997. Sin perjuicio de encontrar referencias a la evolución histórica de esta figura en la práctica totalidad de los trabajos que la abordan, y que sería interminable citar aquí.

trinal sobre este particular. Proudhon⁴ es uno de los primeros autores que la doctrina toma como referencia en este debate, al extraer de su *Traité du domaine public ou de la distinction des biens* la diferenciación esencial entre dominio público y dominio privado del Estado, afirmando respecto de los bienes que integran el primero que el Estado tiene poderes de guardia y vigilancia, pero que no mantiene una auténtica posición de titular dominical (propietario en el sentido atribuido por el Código Civil a esta posición subjetiva) respecto de dichos bienes. El dominio público sería, por tanto, una potestad pública y no una relación dominical. Señala Parejo⁵ que esta construcción es aceptada en su origen tanto por la doctrina administrativa como por la doctrina civilista y la primera jurisprudencia. Por otra parte, los autores pertenecientes a la Escuela del Servicio Público (Duguit, Jeze) conciben la categoría de dominio público desde la idea de servicio público - capaz de soportar toda la construcción del edificio dogmático del Derecho Administrativo - entendiendo que se trata de un patrimonio afectado a la realización de una serie de fines públicos, siendo esta vinculación a la utilidad pública el eje sobre el cual gravita la naturaleza del dominio, y considerando, por tanto, inútil la calificación como derecho de propiedad de la vinculación que se tiende entre la Administración y los bienes en concreto⁶. La Administración ostenta sólo un deber de protección con respecto al dominio público, asegurando que la afectación del mismo a un fin de utilidad pública se mantenga en toda su integridad.

Durante el siglo XIX la tesis contraria al derecho de propiedad tuvo acogida favorable en Francia y se extendió como doctrina mayoritaria entre civilistas y administrativistas en la definición del dominio público. En los albores del siglo XX se plantea el debate entre las posiciones favorables a la Escuela del Servicio Público, y la tesis del derecho de propiedad, defendida por Hauriou desde la primera edición de su *Précis* (1892). La firmeza de los argumentos de Hauriou⁷ conduce a la rápida aceptación de sus criterios y al abandono de las posiciones originales:

- Uno de los principales argumentos esgrimidos en contra de la teoría de la propiedad es el que se basa en la insusceptibilidad de la apropiación privada

de los bienes que conforman el dominio público. Hauriou señala que este criterio sólo es predicable respecto de categorías globales de bienes, sobre géneros completos, tales como los ríos y las costas. Sin embargo el argumento pierde su valor cuando consideramos bienes concretos o partes de los mismos (la referencia al "*metre carré*"), respecto de los cuales es perfectamente concebible la vigencia de un auténtico derecho de propiedad.

- Por otra parte, los mecanismos de protección de carácter exorbitante no responden, señala el autor, a características intrínsecas del dominio público, sino que son resultado de su afectación a un destino público, de tal suerte que el carácter inalienable, imprescriptible e inembargable no niega la presencia de una titularidad dominical, pues no es un régimen consustancial a los bienes sino derivado de la afectación.
- En línea con lo anterior, Hauriou quiso poner de manifiesto cómo las diferencias entre el régimen de los bienes de dominio público y del derecho de propiedad no son absolutas. Así, respecto del uso (*ius utendi*), éste aparece en forma de uso directo por la Administración Pública, en forma de uso común por los administrados o de uso particular e individualizado previa la oportuna concesión. En cuanto a los frutos (*ius fruendi*), son visibles a través de las tasas y otros mecanismos. Por último, el problema del derecho de disposición sobre los bienes (*ius disponendi*) se encuentra seriamente cuestionado por la inalienabilidad del dominio público. Sin embargo, señala Hauriou, la enajenación de los bienes de dominio público es posible mediante su previa desafectación del fin público al que se encontraban vinculados, de manera que el carácter inalienable no resulta un obstáculo insalvable para admitir el derecho de propiedad del Estado sobre estos bienes.

En definitiva, Hauriou llega a trazar una serie de criterios favorables a la titularidad dominical del Estado sobre los bienes de dominio público, afirmando que la propiedad civil no es más que un tipo específico de propiedad que no agota la complejidad de manifestación de este derecho real, razón por la

⁴ La tesis de PROUDHON puede encontrarse anteriormente expuesta en la obra de PARDESSUS, quien acoge la línea de pensamiento anterior a la Revolución Francesa.

⁵ *Ibid* p. 2394

⁶ PARADA, Ramón. "Derecho Administrativo". Tomo III. Marcial Pons. p. 61. PAREJO ALFONSO, Op. Cit. p. 2395.

⁷ Las tesis de HAURIOU son de obligada referencia en cualquier estudio sobre la naturaleza jurídica del dominio público, por lo que podemos encontrar síntesis de su visión en toda la bibliografía que se maneja en este trabajo (a modo de ejemplo: PAREJO ALFONSO, Op. Cit. p. 2395; PARADA. Op. Cit. p. 62). La exposición de HAURIOU la encontramos En: "*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*" Ed. Librairie de la Société du Recueil Sirey. París 1911, p. 685 y ss.

cual debe admitirse la existencia de un derecho de propiedad administrativa, que es precisamente el que recae sobre el demanio. La doctrina de Hauriou tuvo una excelente acogida entre la comunidad científica francesa. Sin caer en afirmaciones reduccionistas, podemos afirmar que la mayoría de autores posteriores han aceptado, con más o menos matices, la tesis de la *proprieté administrative*, pudiendo traer a colación la obra de Weil⁸, quien a propósito de una exposición general sobre el Derecho Administrativo, señala que "algunos aspectos de este régimen (el régimen exorbitante de protección del dominio público) refuerzan los derechos de propiedad de la Administración".

Posteriormente esta doctrina se extendió a otros países herederos intelectuales de las elaboraciones francesas, como es el caso de España, cuya doctrina científica elabora sus primeras tesis acerca de la naturaleza jurídica del dominio público basándose directamente en las fuentes que arrancan de Hauriou. Sin embargo, antes de entrar en detalle acerca de los planteamientos que acoge y desarrolla la doctrina española, debemos hacer una sucinta referencia a otra tradición jurídica que enfoca con criterios diferentes el problema de la naturaleza jurídica del dominio público: la doctrina jurídica alemana.

La originalidad de la construcción alemana se encuentra en lo que H.J. Papier denomina la teoría dualista del *status* jurídico del dominio público. Señala este autor que sólo podemos afirmar la existencia de un único tipo de derecho de propiedad, que se rige por las disposiciones del Código Civil, de tal suerte que los bienes integrantes del dominio público son objeto de un derecho de propiedad en el sentido civil del concepto. Pero, la misma realidad objetiva nos muestra otra perspectiva jurídica que viene definida por la afectación de estos bienes a un fin de utilidad pública. En virtud de esta afectación, se entiende que los bienes quedan gravados por un derecho real limitado que se materializa en una servidumbre administrativa (jurídico – pública). La presencia de este gravamen determina el reconocimiento de una serie de facultades de uso y disfrute de naturaleza administrativa, a las que se unen los correlativos deberes de conservación,

también de carácter administrativo, así como el desplazamiento o contracción de las facultades jurídico – civiles que corresponde al propietario en sentido lato.

Siendo ésta la construcción dominante entre los autores alemanes, debemos destacar la importante divergencia doctrinal que representa el pensamiento de O. Mayer, sin perjuicio de que, como señala Parejo⁹, el análisis último de su posición nos lleve a concluir que no se encuentra tan alejado de las tesis dominantes entre los juristas alemanes. El poderoso influjo que tiene sobre Mayer su formación en Derecho francés le lleva a adoptar una posición científica en virtud de la cual considera que el dominio público es una propiedad del Estado regida por el Derecho Público. Se trata, por tanto, de una visión patrimonialista asentada en el concepto de propiedad pública que reúne el poder de policía y la titularidad dominical sobre la cosa pública.

Tras esta exposición sintética acerca de los planteamientos originales en torno al debate sobre la naturaleza jurídica del dominio público, podemos entrar en un análisis muy somero de los pensadores españoles que han producido doctrina en esta materia. En un esfuerzo simplificador que incurre en un vicio declarado de reduccionismo¹⁰, podemos alinear las tesis en torno al problema que nos ocupa en dos grandes bloques: aquellas formulaciones construidas sobre la consideración de los bienes de dominio público como bienes objeto de un derecho de propiedad; y aquellas tesis que rechazan la construcción anterior y proponen otras fórmulas para explicar qué debe entenderse por dominio público.

Entre los autores que han sustentado sus tesis sobre el derecho de propiedad podemos ver al trasluz la influencia poderosa de la corriente doctrinal francesa, especialmente, de la tesis de Hauriou. Precisamente en abierta evidencia con lo anterior, el punto de referencia inicial en esta materia es la obra de Fernández de Velasco¹¹, quien defiende la aplicación en nuestro sistema de las tesis de Hauriou.

Especial trascendencia tendrá la obra de Manuel Ballbé¹², quien escribe un primer trabajo acerca del

⁸ WEIL, Prosper. "Derecho Administrativo". Madrid, Civitas, 1986, p. 98.

⁹ Ibid., p. 2398

¹⁰ Ciertamente el objeto de este trabajo es trazar un panorama general sobre las cuestiones más significativas en torno a la figura del dominio público. Por este motivo tiendo a simplificar la exposición de cuestiones que sobrepasan las pretensiones de un trabajo como el presente. No obstante, se puede estudiar cada una de las corrientes jurídicas y autores mencionados acudiendo a las referencias bibliográficas incluidas en el texto.

¹¹ FERNÁNDEZ DE VELASCO. "Naturaleza del dominio público según HAURIOU. Aplicación de su doctrina a la legislación española". Revista de Derecho Privado. 94 – 95. 1921 p. 230 y ss.

¹² En particular: BALLBÉ PRUNES, Manuel. "Concepto de dominio público" RJC, 1945-5. p. 25 y ss; y también "Dominio Público". NEJ VII, 1955 p.772 y ss. En cualquier caso, su tesis acerca de la naturaleza jurídica del dominio público la presenta En: "Las reservas dominiales (Principios)" RAP 4, 1951. p.76 y ss.

dominio público en 1945, sin hacer manifestación alguna que permita identificarle con la tesis favorable al derecho de propiedad, desplazando para un momento posterior la reflexión acerca de la naturaleza jurídica del dominio público. Este mismo trabajo se publica nuevamente en 1955, sin que contenga manifestaciones expresas en torno a este tema. Sin embargo, un trabajo acerca de las reservas dominiales, publicado en el íter temporal que transcurre entre los dos anteriores, concretamente, en 1951, contiene la posición clara y rotunda de este autor a favor de la consideración del derecho de propiedad del Estado sobre los bienes integrantes del dominio público. En su exposición, Ballbé defiende la idea de un derecho de propiedad válido, como categoría superior del ordenamiento jurídico, tanto para el derecho público como para el derecho privado, en el cual tiene sus raíces originarias. Esta misma idea está presente en la reflexión de S. Martín – Retortillo¹³, cuando señala: “...en relación con el dominio público: que constituya una verdadera propiedad parece evidente (...) Hay una unidad inequívoca entre el dominio público y el privado (...)”, afirmaciones que conducirán a este autor a formular la “sola e idéntica unidad lógica” de determinados conceptos (supraconceptos) afines tanto al Derecho Privado como al Público, precisamente por ser conceptos universales pertenecientes a la ciencia del Derecho y, en cuanto tales, integrados en un patrimonio científico único y común a todas las disciplinas jurídicas. Entre estos supraconceptos (los *Oberbegriff* de los que habla la doctrina alemana) se encuentra el derecho de propiedad.

Pero, volviendo a Ballbé, podemos afirmar que su trascendencia posterior es innegable, pues de sus elaboraciones se han servido gran cantidad de auto-

res que se han identificado con este debate doctrinal. Las conclusiones del autor acerca de la naturaleza jurídica del dominio público lo llevan a extraer conclusiones coherentes en relación con las reservas dominiales¹⁴, pues si la Administración Pública ostenta un auténtico derecho de propiedad sobre los bienes de dominio público, la reserva dominial será una simple facultad integrada en el poder de goce que corresponde a la posición subjetiva de propietario. Por ello, la reserva dominial no será un acto constitutivo de los derechos de aprovechamiento de la Administración, sino declarativo de sus potestades dominicales.

Estas posiciones doctrinales formuladas originalmente por Ballbé, tendrán acogida en la mayor parte de los autores españoles durante la década de los cincuenta y los sesenta¹⁵, de forma que inicialmente podemos hablar de la extensión de la tesis del derecho de propiedad pública como tesis dominante en nuestra doctrina científica. Entre los autores que han desarrollado posiciones favorables a considerar la existencia de un derecho de propiedad del Estado sobre los bienes de dominio público, destacamos los planteamientos de García de Enterría¹⁶, T-R Fernández Rodríguez¹⁷, Clavero Arévalo¹⁸, Guaita¹⁹, Sainz Moreno²⁰, Garrido Falla²¹, S. Martín Retortillo²², González Pérez²³, Mendoza Oliván²⁴, entre otros autores²⁵.

Los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez afirman, así, que bajo la denominación “dominio público” se comprenden unos “tipos de bienes de propiedad de la Administración que se afectan a servir de soporte físico de una determinada función pública propia de la Administración propietaria...”.

¹³ MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, Sebastián. “El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones”. Madrid. Civitas, 1996, p. 52 y ss. No obstante, la publicación original de las tesis del autor que ahora nos ocupan data de 1960.

¹⁴ El análisis de estas conclusiones se expone en la obra de BARCELONA LLOP, Javier. “La utilización del dominio público por la Administración: Las Reservas Dominiales” Ed. Aranzadi, 1996, p. 82 y ss.

¹⁵ BARCELONA LLOP, Op. Cit. p. 129 – 130. PAREJO ALFONSO, Op. Cit. p. 2398

¹⁶ Su posición puede extraerse de muchas de sus obras en las que hace referencia a este particular. Entre éstas, destacamos: “Dos estudios sobre la usucapción en Derecho administrativo”. Madrid, Tecnos 1974. p. 79 y ss., así como su Tratado de Derecho administrativo con el Dr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo. (Volumen II)”. Madrid, Civitas p. 150

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo. (Volumen II)”. Madrid, Civitas.

¹⁸ CLAVERO ARÉVALO, M.F. “La inalienabilidad del dominio público” En: Estudios de Derecho Administrativo. Civitas – Igo, 1992. p. 392 y ss.

¹⁹ GUAITA MARTORELL, A. “Le domaine public en Espagne.” RISA 22 (1956), p. 131 y ss.

²⁰ SAINZ MORENO, F. “El artículo 132 de la Constitución Española” En: “Comentarios a la Constitución Española”, de ALZAGA. p. 135 – 138.

²¹ GARRIDO FALLA, F. “Tratado de Derecho administrativo”. Madrid. TECNOS. p. 357

²² MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, Sebastián. “El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones.” Madrid. Civitas, 1996. p. 52 y ss.

²³ GONZÁLEZ PÉREZ, J. “Los derechos reales administrativos”. RCDI 1957.

²⁴ MENDOZA OLIVÁN, V. “El deslinde de los bienes de la Administración”. Ed. Tecnos (1968) p. 68-69.

²⁵ Quisiera insistir en que no pretendo ser exhaustivo en mi exposición, por lo que la relación de autores presentada no es completa, sino que se restringe a algunos de los trabajos más representativos y conocidos, sin perjuicio de muchas otras opiniones doctrinales vertidas en la materia.

De acuerdo con las afirmaciones anteriores, podemos entender que la defensa de una naturaleza jurídica que no tenga su fundamento en el derecho de propiedad ha sido excepcional entre los autores, hasta las últimas décadas del siglo XX que permiten hablar ya de “una brecha muy seria”²⁶ en los postulados dominicales. En este sentido, las primeras elaboraciones que se separaban de la doctrina mayoritaria fueron las de Villar Palasí, y también Parejo Gamir y Rodríguez Oliver.

En cuanto a la posición del primero de estos autores²⁷, afirma Villar Palasí que la tesis del dominio público como derecho de propiedad ha conducido al oscurecimiento de la verdadera justificación de esta institución. La naturaleza jurídica del dominio público debe explicarse desde la consideración del mismo como un “título causal de intervención”.

Por lo que se refiere a Parejo Gamir y Rodríguez Oliver²⁸, su exposición en contra de la teoría dominical es clara y rotunda, fundándose en la diferencia entre el concepto de “cosa” en sentido civil y en sentido administrativo, argumento que se encuentra también en la base de la postura de Parejo Alfonso²⁹. Según los autores, las cosas en Derecho administrativo “existen por su sentido funcional, tan alejado del Derecho Privado y al interés del “propietario administrativo”, que nada tienen que ver con él”³⁰. En definitiva, el dominio público constituye “un soporte jurídico de potestades: un título jurídico de intervención que lo que permite es que la Administración titular esté en posición jurídica hábil para disciplinar las conductas de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales”. “El dominio público – continúan señalando – no interesa como propiedad, sino como justificación para que la Ley atribuya determinadas facultades y para que el Derecho Privado no llegue a absorberlo”.

Posteriormente han sido cada vez más los autores que han construido sus aportaciones sobre la naturaleza jurídica del dominio público alejados de la base dominical: Parejo Alfonso, De La Cuétara³¹, Gallego Anabitarte³², Menéndez Rexach³³, García Pérez³⁴, entre otros autores.

El trabajo de Parejo Alfonso³⁵ arroja luz sobre el objeto de este debate con una aportación bien fundamentada, trazada sobre las huellas de la obra de T. Maunz³⁶, según la cual el dominio público se define en el campo de las realidades jurídicas no como objeto del derecho (concepción propia de las teorías dominicales), tampoco como sujeto de derecho, sino como relación jurídica: “La cosa pública surge sólo desligada de tales elementos – en referencia a los elementos físicos o extrajurídicos – como una realidad jurídica distinta, cuyo núcleo jurídico radica en la relación de su titular con el ordenamiento jurídico; es, pues, una específica relación jurídica”³⁷. La definición de cosa pública culmina de forma coherente la arquitectura dogmática de Parejo: “la cosa pública consiste en la relación jurídica en sentido estricto que nace en el momento en que la Administración se autovincula por acto propio a la creación y el mantenimiento de una determinada prestación, en aplicación del ordenamiento jurídico que lo prevé y regula así. Lo primario en la cosa pública es, en efecto, el deber jurídico que para la Administración competente surge del referido acto, pues la relación jurídica determinada por dicho deber es, cabalmente, la cosa pública”³⁸.

Hasta este momento hemos realizado un recorrido de “alta velocidad” por el pensamiento jurídico, a propósito de la naturaleza jurídica del dominio público, punto de partida obligado para nuestras reflexiones. En todo caso, corresponde ahora dar un paso más y abordar un triple razonamiento: Por una parte, ¿cuál es la posición que ha mantenido hasta el momento la jurisprudencia? En segundo lugar, aunque íntima-

²⁶ BARCELONA LLOP, Op. Cit. p. 130.

²⁷ Las tesis de VILLAR PALASÍ pueden encontrarse en sus “Apuntes de Derecho administrativo (Tomo X)” Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Igualmente, desde una perspectiva histórica se analiza la naturaleza jurídica del dominio público En: “La intervención administrativa en la industria”. Instituto de Estudios Políticos. (1964).

²⁸ PAREJO GAMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J.M. “Lecciones de dominio público”. ICAI (1975).

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid 8.

³¹ DE LA CUÉTARA, J.M. “El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas”. Madrid, Tecnos (1989) p. 67-69.

³² GALLEGO ANABITARTE, A. “Concepto de dominio público hidráulico. El concepto de dominio público y la STC de 29 de noviembre de 1988. en SALVADOR, A. Ley de Aguas. Análisis de Jurisprudencia Constitucional. MAP, 1990.

³³ MENÉNDEZ REXACH, A. “La configuración del dominio público marítimo – terrestre. En: Ley de Costas. Legislación y Jurisprudencia Constitucional”. Xunta de Galicia-EGAP-MOPT, 1992. p. 39.

³⁴ GARCÍA PÉREZ, M. “La utilización del dominio público marítimo – terrestre”. Marcial Pons, 1995, p. 16 y ss.

³⁵ PAREJO ALFONSO. Op Cit.

³⁶ MAUNZ, T. “Hauptprobleme des öffentlichen Sachentrets. Eine Studie zur Methodik und Dogmatik des Deutschen Verwaltungsrechts”, J. SCHWEITZER VERLAG. MÜNCHEN, 1933.

³⁷ Ibid. p. 2407

³⁸ Ibid. p. 2409

mente ligado a lo anterior, ¿hasta qué punto es relevante la configuración de la naturaleza jurídica del dominio público? Por último, ¿qué construcción se adapta mejor al devenir legislativo y extrajurídico en relación con el dominio público? La reflexión nos abrirá las puertas a la segunda parte de este trabajo, que se fija específicamente en la problemática propia del Derecho peruano.

a. El tratamiento jurisprudencial de la naturaleza jurídica del dominio público

Para abordar las posiciones jurisprudenciales en torno al tema que nos ocupa, debemos comenzar necesariamente por distinguir la jurisprudencia del Tribunal Supremo frente a la recaída en el Tribunal Constitucional.

– Las sentencias del Tribunal Supremo han acogido en numerosas ocasiones el criterio del derecho de propiedad sobre los bienes de dominio público. Prueba de ello lo constituyen las STS de 17 de marzo de 1980, 3 de diciembre de 1982 y 25 de enero de 1984, que traen su inspiración de las tesis emanadas del Consejo de Estado, en sus Dictámenes del 10 de mayo de 1952 y 14 de febrero de 1957. Según la primera de las sentencias citadas³⁹, “el dominio público, cualquiera que pueda ser la configuración teórica, está concebido en nuestro Derecho positivo, no como una relación de poder, sino como una relación de propiedad, según los artículos 338 y 339 del Código Civil establecen”. En cuanto a la STS de 25 de enero de 1984, la tesis recogida es la misma, sólo que esta vez en relación con las concesiones otorgadas sobre el dominio público. Señala la Sentencia: “...el dominio público está concebido en nuestro derecho positivo, no como una relación de poder, sino como una relación de propiedad, por lo que la concesión no hace más que atribuir al particular beneficiario el uso exclusivo de terrenos en dicha zona, conservando la titularidad dominical el Estado, pero así como al propietario no le es suficiente la facultad de construir inherente a su derecho de propiedad, y para ejercerla necesita la licencia municipal de obras, también el concesionario necesita tal licencia”. La jurisprudencia posterior ha reiterado esta doctrina (STS del 21 de enero de 1987 y STS del 19 de julio de 1989). Sin embargo, no podemos dejar de destacar que recientes sentencias del Tribunal Supremo han eludido pronunciarse sobre este particular, y cuan-

do se refieren a la naturaleza jurídica del dominio público se limitan a señalar la protección que al mismo le confiere el artículo 132 de la Constitución española: inalienable, imprescriptible e inembargable. Tal es el caso, por ejemplo, de la STS del 26 de abril de 1994 o la más reciente STS del 5 de mayo de 1998. En línea con una concepción teleológica del dominio público, en la que no prima el elemento dominical sino la finalidad pública a la que están destinados los concretos bienes dominiales, la STS del 19 de julio de 1996 señala, a propósito de la cláusula de precariedad, que ésta “ha de considerarse relacionada con el elemento causal y encaminada a preservar la finalidad del dominio público frente a una utilización anormal o especial del mismo que, además, no excluye siempre el reconocimiento de la oportuna indemnización, cuando sobre su base se procede a la revocación de la autorización por motivos de oportunidad conectados con el interés público específico a que sirve el dominio público”.

– La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin embargo, ha mantenido, desde sus primeros pronunciamientos en relación con el dominio público, una posición alejada de las tesis dominiales, lo cual ha tenido buena parte de responsabilidad en el abandono progresivo de estas posturas, tal como hemos señalado en la precedente exposición del panorama doctrinal. La postura del Tribunal Constitucional se encuentra formulada en la célebre STC del 29 de noviembre de 1988, a propósito del cuestionamiento de la constitucionalidad de la Ley de Aguas. Con ocasión de este pronunciamiento, el Tribunal pone de manifiesto que la relación de dominio público no entraña relación de propiedad, sino que supone “una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esa exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*”. En relación con esta forma de considerar el dominio público y la posición de la Administración Pública respecto del mismo, ha señalado Barcelona que la perspectiva adoptada por el Tribunal Constitucional es consecuente con una visión de la Administración ligada a la idea de prestación de un servicio objetivo al interés general, de forma que la funcionalidad de esta institución prevalece sobre el debate en torno a la presencia o ausencia de derecho de propiedad. “Es la satisfacción del interés general al que sirven

³⁹ Recoge la formulación del Decreto de conflictos de 8 de noviembre de 1962.

las Administraciones Públicas donde hay que poner el énfasis constitucional del dominio público⁴⁰. De este modo, resulta más evidente el encuadre del dominio público dentro de las coordenadas que definen la posición jurídica de la Administración en la actualidad, coordenadas que han evolucionado desde el nacimiento de la Administración contemporánea hasta nuestros días y que, necesariamente, deben imprimir carácter en todas las instituciones que abarca el Derecho Administrativo.

b. Relevancia práctica del debate en torno a la naturaleza jurídica del dominio público

En línea con las reflexiones anteriores surgidas a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, podemos plantearnos hasta qué punto el debate que estamos analizando tiene importancia sustancial en la práctica. En este sentido, considera Barcelona⁴¹ que “cualquiera que sea la posición que se adopte en torno a la naturaleza jurídica del dominio público, tal extremo es constitucionalmente hablando⁴² de segundo orden. En España para perfilar la dimensión constitucional del dominio público carece de importancia que el mismo responda o no a una relación de propiedad”. Esta afirmación explica por qué el Tribunal Supremo y el propio Tribunal Constitucional se limitan en muchas ocasiones a confirmar la protección que el artículo 132 de la Constitución española atribuye a los bienes de dominio público (“inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad”), eludiendo los pronunciamientos relativos a la presencia o no de un derecho de propiedad del Estado sobre dichos bienes. La razón, en última instancia, reside en que la protección garantizada por la Constitución es de por sí suficiente y no exige una reconducción de las cuestiones hacia el derecho de propiedad; al contrario, existe un régimen jurídico propio y autónomo de los bienes demaniales. En cualquier caso, creo conveniente poner de relieve las siguientes apreciaciones en relación con este particular:

- Por una parte, el autor citado parece insistir en restringir el alcance de sus conclusiones al ámbito constitucional, de lo cual se extrae que el debate puede no ser de primer orden desde esta perspectiva, pero sí lo es desde el enfoque propio del Derecho Administrativo. Esto es así porque, como ya hemos adelantado, la Administración Pública

tiene una configuración esencialmente basada en su vinculación a la satisfacción del interés general, de tal manera que la proyección de toda su actividad, la investidura de privilegios y el régimen jurídico de las instituciones derivadas de su actuación en el tráfico jurídico (tal es el caso del dominio público) deben registrarse desde este perfil de la Administración Pública. En consecuencia, una concepción que sitúa la naturaleza jurídica del dominio público en un especial derecho de propiedad de la Administración sobre los bienes objeto del mismo parece encajar con mayor aspereza en esta configuración de la Administración, frente a las tesis sustentadas en el elemento teleológico o finalista, que ponen el acento en el desarrollo de acciones orientadas a dicho interés público. Es decir, parece más acorde con el concepto actual de Administración Pública (en el que los vestigios de inmunidad son objeto de reiterada confrontación y prima la defensa del servicio objetivo a los intereses generales como justificación de la propia existencia de la Administración) una tesis como la de Parejo, que ponga el acento en la virtualidad funcional del dominio público, frente a aquellas teorías que acogen la visión dominical, pues en la misma persiste un vestigio de concepto señorial del poder, derivado de la propia noción de propietario. Es evidente, no obstante, que las tesis dominicales no niegan la dimensión mencionada y en ningún caso podríamos decir que pretenden imponer otro concepto de Administración Pública. Simplemente consideramos que se ajusta con menos fricciones un planteamiento que prescinda de la figura del propietario y se cimiente exclusivamente sobre las particularidades propias y específicas de la Administración y su Derecho. En esta línea se encuadran las reflexiones de Parejo⁴³, en una cita algo extensa pero expresiva de las ideas anteriores: “la Administración del Estado y los poderes públicos administrativos inferiores pueden ser definidos, ya no – como en la construcción tradicional y aún dominante – desde la idea de poder, en concreto de poder sobre las cosas (estas últimas en sentido jurídico – civil), y, por tanto, de señorío (en sentido jurídico - privado y público), sino más bien desde la de deber, en concreto de deber u obligación de creación y mantenimiento de cosas públicas y, consecuentemente, como (las Administraciones) sujetos obligados...”. La misma idea

⁴⁰ Ibid. p. 136

⁴¹ Ibid. p. 132

⁴² En cursiva en el original

⁴³ Ibid. p. 2408

se extrae de la obra de Parejo Gamir y Rodríguez Oliver⁴⁴: “lo relevante de la utilización del demanio es la satisfacción del interés general, objetivo para el que la Administración es un instrumento y cuyas exigencias, establecidas por las normas, son la razón determinante del régimen de aprovechamiento”. Nada más expresivo que considerar a la Administración Pública como “instrumento” para la satisfacción del interés general. En esencia, el debate sobre la naturaleza jurídica del dominio público puede cruzarse con uno de mayor calado y trascendencia: ¿Qué tipo de Administración Pública?

- Estas reflexiones se localizan en un contexto jurídico en el que se conoce con aceptable precisión el elenco de bienes que integran el dominio público, los procedimientos para que determinados bienes pasen a formar parte de dicha categoría o dejen de serlo, un contexto en el que las normas que establecen el régimen jurídico de los bienes dominiales son esencialmente claras. Por tanto, la contundencia de los argumentos será mayor si nos situamos frente a un ordenamiento jurídico administrativo que no define claramente qué debe entenderse por dominio público ni cuáles son las prerrogativas inherentes a esta institución, llegando a cuestionarse en el debate la posibilidad de embargar bienes públicos. Efectivamente, como veremos en detalle en la segunda parte, la regulación establecida por el Derecho Peruano adolece de una serie de carencias que están siendo afrontadas pero que todavía tienen frente a sí un largo camino por recorrer hasta lograr una sistematización del Derecho de Bienes Públicos (el propio Derecho Administrativo en el Perú está viviendo una etapa de extraordinario despegue que acoge la regulación legislativa y el tratamiento doctrinal del dominio público en el seno de multitud de temas que están siendo revisados). En este marco, la visión del dominio público como institución inscrita en un concepto de Administración Pública actual y renovado, parece adecuarse mejor al esfuerzo edificatorio del Derecho Administrativo peruano.

c. Dinámica, progreso y dominio público

La última reflexión, antes de abordar específicamente el tratamiento jurídico del dominio público en el ordenamiento jurídico peruano, se refiere a la adecua-

ción de estas reflexiones a una tendencia constante de progreso tecnológico y social que necesariamente debe influir en el régimen jurídico, y a consideraciones en relación con esta institución. Es decir, la propia dinámica social y el avance tecnológico no pueden dejar de lado nuestra visión acerca del dominio público, pues necesariamente influyen en la concepción que adoptemos:

- La dinámica social hace que la realización práctica del interés general evolucione con el tiempo, es decir, llena de contenido en cada momento la cláusula del interés general. En este sentido, podemos decir que la actuación administrativa tiende a fines diferentes en épocas diferentes, e, igualmente, se vale de medios diferentes en cada momento histórico.
- El progreso tecnológico hace que se consideren recursos productivos aprovechables, fuentes de riqueza o entidades integradoras de valor, ciertas realidades extrajurídicas (cosas en sentido físico) que en épocas anteriores no tenían relevancia para el Derecho o, simplemente, no se conocían.

Un ejemplo claro de lo anterior lo encontramos en los bloques de numeración a efectos de marcación telefónica. ¿Podría pensarse que los números naturales son un recurso finito? Semejante aberración se llena de sentido cuando consideramos la disposición numérica a efectos de integrar bloques de marcación, que pueden tener enormes ventajas económicas. Pues bien, esta circunstancia ha llevado a determinados autores⁴⁵ a afirmar que “realmente habría que considerar a la numeración como un recurso escaso (porque es un recurso finito), como un bien demanial”. Podemos ver así que determinadas coordenadas sociales y tecnológicas confluyen para que se pueda llegar a reclamar la adscripción al dominio público de una realidad tan intangible como los bloques numéricos.

Otro ejemplo que ya está incorporado al Ordenamiento Jurídico Español lo constituye el llamado “dominio público radioeléctrico”. A tenor del artículo 7 de la Ley 31/1987 del 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, “corresponde al Estado la gestión, con sus facultades inherentes de administración y control, del dominio público radioeléctrico...”. La particularidad de esta declaración del espectro radioeléctrico como bien de dominio públi-

⁴⁴ Ibid. p. 6

⁴⁵ SALGADO, E. “Las telecomunicaciones en España ante la sociedad de la información”. En: Telecomunicaciones “Situación”, número 2, 1995. Ed. Servicio de Estudios del BBV, p. 64. La autora era en aquel momento Secretaria General de Comunicaciones.

co reside en que la LOT no define qué debe entenderse en concreto como dominio público radioeléctrico, rompiendo así el esquema de otras leyes relativas al dominio público, tales como la Ley de Aguas o la Ley de Costas, que comienzan por aclarar lo que en concreto entiende el legislador por dominio público hidráulico, marítimo, etc. Esta falta de definición ha llevado a diversos planteamientos doctrinales⁴⁶; desde Chinchilla⁴⁷, quien considera que el objeto demanializado es la energía electromagnética, a otros autores como García de Enterría⁴⁸, que discuten el acierto del propio carácter dominial del espacio radioeléctrico. En cualquier caso, nuestro interés no recae específicamente sobre lo que deba entenderse acerca del dominio público radioeléctrico, sino que pretendemos llamar la atención acerca de la consideración demanial de una realidad que tiene una naturaleza intangible e inapropiable, pero que cumple con determinadas funciones relacionadas con la satisfacción del interés general, lo cual conlleva su calificación por el legislador como bien de dominio público. El aspecto que debemos extraer de esta reflexión es la progresiva desmaterialización⁴⁹ de que está siendo objeto el concepto de dominio público. Consecuentemente, se confirma que el dominio público debe ser entendido como aposento de dinámica jurídica y no tanto como una categoría derivada del derecho de propiedad que recaiga sobre entidades físicas y extrajurídicas (estáticas). La institución del dominio público debe adaptarse sin fisuras a la evolución de la realidad social y tecnológica, así como al concepto de Administración Pública que contemplamos a finales del siglo XX, configurándolo como la “matriz institucional para la gestión no ya de bienes, sino de derechos de uso de recursos, es decir, de mecanismo jurídico para la extracción de utilidades económicas de aspectos de cualquier realidad, física o puramente intelectual”⁵⁰, en última instancia, como una relación jurídica en los términos expuestos por Parejo Alfonso. En definitiva, se trata de la sede en la cual el Derecho Administrativo hace descansar los medios económicos susceptibles de desplegar su eficacia en la dirección permanente del interés público, sede jurídica en continua tensión derivada del pulso permanente de los intereses sociales, económicos y jurídicos, así como de las posibilidades que abre el progreso tecnológico, a las cuales no puede ser ajeno el Derecho. Sede jurídica, en última instancia, cuyo interés es instrumental por estar vinculado al las concretas líneas de definición del

interés general (que es realmente el que debe concentrar nuestra atención) y que prescinde de una definición ontológica – los bienes “no nacen” de dominio público – sin perjuicio de que el régimen exorbitante que engalana la institución sea objeto de interés por situar, una vez más, a la Administración Pública en una posición de privilegio con respecto al resto de actores del tráfico jurídico.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO EN EL PERÚ

Entramos ahora en el análisis del estado de la cuestión en el Derecho Público peruano, entendiendo que toda la reflexión recaída hasta ahora sobre la naturaleza jurídica del dominio público acompaña e inspira las líneas críticas siguientes.

En relación con el concepto constitucional de dominio público, señala el artículo 73 de la vigente Constitución Política del Perú:

“Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley para su aprovechamiento económico”.

Respecto del texto constitucional y su posterior desarrollo nos asaltan dos cuestiones fundamentales que podemos formular del siguiente modo:

- ¿Qué entiende el legislador peruano por dominio público? Es decir, ¿qué tesis acerca de la naturaleza jurídica del dominio público puede entenderse presente en el Derecho peruano?
- ¿Cuál es el conjunto de bienes que se consideran de dominio público? Más aún, ¿cuál es el mecanismo de ingreso en esta categoría y, en su caso, de abandono de la misma por bienes concretos?

Respecto de la primera de estas cuestiones, es precisamente ella la que nos enlaza con toda la reflexión anterior, pues nos preguntamos qué debe entenderse por dominio público a los ojos del jurista peruano. En este sentido la Constitución de 1993 no recoge el concepto de dominio público, del mismo modo que no lo hace la Constitución española o la Constitución mexicana. La Carta de 1993 se limita a señalar dos

⁴⁶ Consultar al respecto el trabajo de FERNANDO PABLO, M. “Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad”. RAP 143, mayo – agosto 1997.

⁴⁷ CHINCHILLA MARÍN, C. “La radiotelevisión como servicio público esencial”. Madrid, Tecnos, 1988. p. 113 y ss.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “La ejecución autonómica de la legislación del Estado”. Madrid, Civitas, 1984. p. 125.

⁴⁹ FERNANDO PABLO. Op. Cit. p.127.

⁵⁰ Ibid.

cualidades relativas a la protección exorbitante del demanio: inalienabilidad e imprescriptibilidad (no se hace referencia a la inembargabilidad). Por tanto, debemos remitirnos a la legislación de desarrollo de las diversas categorías de bienes integrantes del dominio público⁵¹, entre las cuales destacamos (entre otras):

- La Ley General de Aguas (Decreto Ley 17752) señala en su artículo 1:

“Las aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible...”.

- La Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario (Decreto Legislativo 653) señala en su artículo 23:

“La propiedad de las tierras eriazas, sin excepción, corresponde al Estado...”.

- La Ley sobre Patrimonio Cultural de la Nación (reformada por Ley 24193) señala:

“Son bienes propiedad del Estado los inmuebles culturales pre-hispánicos de carácter arqueológico, descubiertos o por descubrir...”.

- En cuanto a los terrenos ribereños, señala la Ley 26306:

“Reconózcase la propiedad de los terrenos en el corredor ribereño, denominado Costa Verde, a los Municipios Distritales de Chorrillos, Barranco, Miraflores, San Isidro, Magdalena del Mar y San Miguel...”.

En definitiva, como podemos ver en los textos señalados, el legislador peruano identifica perfectamente dominio público con propiedad estatal o municipal dado que, a pesar del tenor literal de la Constitución, las leyes no se refieren a la categoría de dominio público sino que aluden en su mayoría directamente al derecho de propiedad, sin especificar, por otra parte, en qué rasgos ese derecho público de propiedad es diferente de la propiedad privada que regula el Código Civil. Como excepción, encontramos leyes que se refieren a los bienes demaniales como “bienes de uso público”, tal es el caso de la Ley de Playas (Ley 26856) en su artículo 1.

Al respecto tenemos que señalar que el legislador peruano ha optado por identificar dominio público con derecho de propiedad, cuestión que, tal como lo resalta la reflexión de las páginas anteriores, no es clara ni en la doctrina internacional ni tampoco en la jurisprudencia. Por esta razón, considero que existe un cuestionable vacío conceptual en el Derecho Público peruano, pues la identificación de la naturaleza jurídica del dominio público no deja lugar al debate en la interpretación del mismo: necesariamente debemos entender que el dominio público es equivalente a la propiedad estatal si queremos llenar de contenido el artículo 73 de la Constitución peruana, pues, si no, ¿a qué dominio público se refiere el citado precepto? En este sentido, considero que la grandeza del texto constitucional no depende sólo de la propia Carta Magna, sino también, y de manera prioritaria, del encaje perfecto de la Norma Fundamental con el resto del ordenamiento jurídico, de forma tal que el engranaje legislativo se cierre perfectamente en las mismas categorías. Por esta razón, encuentro frágil la inferencia que la legislación nos obliga a realizar entre los bienes que declara como propiedad del Estado y el amparo que éstos reciben en el artículo 73 de la Constitución. Para conectar ambos bloques legislativos debemos aceptar necesariamente que la naturaleza jurídica del dominio público es identificable con un particular derecho de propiedad del Estado o de los Municipios, y que esta identificación, insistimos, no está exenta de serios cuestionamientos, como espero haber puesto de relieve en las páginas precedentes.

La situación deseable sería, a mi juicio, que las normas legales que desarrollan el régimen jurídico del dominio público se refiriesen al mismo como tal (dominio público), en línea con lo que establece el artículo 73 de la Constitución, de forma que el silogismo jurídico tendría un peso lógico rotundo e incontestable: si las leyes que se refieren a los bienes demaniales predicasen, por ejemplo, que “Las aguas, sin excepción alguna, son bienes de dominio público...” nada se interpondría en relacionar esta categoría de bienes con la institución del dominio público a la que se refiere la Constitución. La cuestión relativa a si estos bienes integran o no un peculiar derecho de propiedad del Estado quedaría entonces en manos de las elaboraciones de la doctrina científica y los pronunciamientos jurisprudenciales, ya que debemos aceptar que este extremo no tiene una única solución y,

⁵¹ Para el desarrollo de esta cuestión se ha tomado como referencia la obra de JIMÉNEZ MURILLO, Roberto. “La propiedad estatal y la de los gobiernos locales: algunas diferencias, algunas semejanzas” Publicado en Boletín Informativo de la Propiedad Estatal, número 3 (julio – septiembre 1997) Superintendencia de Bienes Nacionales. Lima, p. 9 y ss.

sobre todo, que está sujeto a la evolución dogmática del Derecho Administrativo y sus instituciones a lo largo del tiempo⁵². De este modo, el legislador eludiría pronunciarse acerca de este particular sin que ello supusiese merma de las potestades exorbitantes que recaen sobre los bienes de dominio público, pues éstas están suficientemente garantizadas por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. La cuestión central radica en dónde poner el acento a la hora de definir el dominio público: si en las potestades dominicales o en la orientación vinculante y prioritaria de la Administración y sus medios a la satisfacción del interés general.

Otra opción, a mi entender inadecuada, sería que la propia Constitución estableciese que los bienes de dominio público son propiedad del Estado, de forma tal que se salvase la lógica interna del ordenamiento. Si bien ya he señalado que este extremo me parece demasiado frágil como para otorgarle rango constitucional, podemos, por ejemplo, señalar que la Constitución mexicana ha optado por esta definición constitucional aunque de manera indirecta y en sentido inverso al que se infiere del ordenamiento jurídico peruano: el artículo 130 de la Carta Magna de México señala como bienes de dominio privado (esto es, aquéllos que no son de dominio público) “los que le pertenecen (al Estado o al Municipio) en propiedad...” Puede inferirse, *contrario sensu*, que los bienes de dominio público son precisamente tales que no pertenecen “en propiedad” sino bajo otro título jurídico (que, por otra parte, no se explica más allá de su denominación como dominio público).

En cualquier caso, queda patente que la armonía del Derecho Público peruano en este tema depende de un hilo invisible de conexión entre la propiedad y el dominio público. Esta situación debería ser examinada a la luz de los impulsos de reforma de los que está siendo objeto el Derecho Administrativo en el Perú, esfuerzos que merecen todos los elogios hacia una comunidad científica embarcada en la digna tarea de sacar adelante un Derecho Administrativo propio y autónomo, con todas las implicaciones que esto tiene, más allá del mundo jurídico, en la vida de los ciudadanos.

La segunda cuestión que nos planteamos es el mecanismo por virtud del cual los bienes concretos pasan

a integrar la categoría de los demaniales, esto es, el mecanismo de la afectación. En este sentido, llama la atención que la propia Constitución calle con respecto a dicho procedimiento y no aluda tampoco a categorías de bienes que por fuerza constitucional forman parte del dominio público. En este sentido, la Constitución española establece, en el mismo artículo 132, apartado segundo, 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”.

De esta forma queda claro que determinados bienes son dominicales por imperativo constitucional, mientras otros lo serán de acuerdo con el mecanismo de adscripción o afectación que tenga previsto el ordenamiento jurídico.

La Constitución mexicana realiza también una enumeración de bienes de dominio público en su artículo 129, aunque no exhaustiva pues remite a otra categoría jurídica: “bienes de uso común”. La Constitución de Panamá, sin embargo, en su artículo 254 lleva a cabo una enumeración extensa de los bienes de uso público, de los cuales predica que “pertenecen al Estado”.

En cualquier caso, lo que pretendemos poner de relieve es la ausencia de una previsión constitucional que haga referencia a la técnica en virtud de la cual se inscriben los bienes concretos en el dominio público, aunque esta mención se limite a señalar que son las leyes ordinarias las que llevan a cabo esta adscripción al dominio. Lo que a todas luces queda descartado es que ciertas categorías de bienes, lo que se denomina dominio público natural, sean por su propia naturaleza bienes de dominio público, es decir, con fundamento ontológico y no jurídico. Como señalan a este respecto Parejo Gamir y Rodríguez Oliver⁵³, el origen de esta contraposición (dominio público natural frente a dominio público artificial) es fundamentalmente histórico, si bien en la actualidad la distinción tiene necesariamente su base jurídica en la forma en que tiene lugar la afectación. Es decir, ninguna categoría de bienes, por incoherente que sea su posible apropiación privada, es por sí sola parte del dominio público:

⁵² Hemos visto que, con el paso del tiempo, en la evolución social, tecnológica y, sobre todo, doctrinal, se ha ido imponiendo una tendencia a favor de las tesis que no consideran la presencia de un derecho de propiedad estatal sobre los bienes dominicales. No considero casual que el desarrollo del Derecho Administrativo hacia otros parámetros y otro concepto de Administración Pública “arrastre” las construcciones sobre esta materia hacia determinada orientación.

⁵³ PAREJO *et al.* “Lecciones de dominio público”. p. 15.

es preciso que tal condición le sea atribuida por el poder público. Con esta idea queremos recalcar que es imprescindible señalar cuál es el procedimiento por el cual los bienes adquieren la condición de dominiales y, a este respecto, la Constitución peruana calla.

Esta reflexión nos lleva a considerar el mecanismo de afectación como categoría central de toda la construcción del dominio público. Esta importancia esencial de la afectación goza de amplio consenso en la doctrina científica, sea cual sea la tesis que se admita respecto de la naturaleza jurídica del dominio público⁵⁴. En consecuencia, se impone la necesidad de legislar en relación con el régimen jurídico de la afectación de bienes al dominio público en el Perú, y en este sentido debería partirse de una previsión constitucional que recogiese al menos la figura de la adscripción al dominio de forma implícita, señalando, por ejemplo, que pertenecen al dominio público los bienes que en tales condiciones establezcan la leyes.

Es, sin duda, la afectación la categoría que llena de sentido cuanto hemos estado señalando respecto de la vinculación de la Administración Pública a determinados fines relacionados con el interés general y la sumisión de los medios materiales, que se concretan en bienes de dominio público, a la satisfacción de dichos intereses, es decir, su vinculación a determinada función pública. En este sentido, se afirma, mediante la institución del dominio público a través de la afectación, que los bienes integrados en el mismo son objeto de permanente dinámica jurídica de la Administración Pública en cumplimiento de su cometido constitucional. No se trata, portanto, de bienes que integran un valor en sí mismos, sino un valor relacional, en la medida en que se pongan a disposición del aparato administrativo. En este sentido, señalaba Ballbé⁵⁵ el nexo entre cosa y función siempre debe ser el de hallarse destinada (afectada) – la cosa - a su realización – de la función - y no el ser objeto o resultado, que no constituye por sí mismo causa para ser tratado como bien dominial.

En línea con lo anterior, sin pretender abundar en el tema, pues no es el objeto del presente trabajo, podemos distinguir dos formas de adscripción de los bienes al dominio público:

I. La que se refiere a los bienes de dominio público natural o necesario, respecto de los cuales, como señala Parada⁵⁶, la dominialidad depende de la conjunción de dos elementos:

1. De una parte, la calificación de determinada categoría genérica de bienes como pertenecientes al dominio público por aplicación de una norma de carácter general.
2. La consecuente identificación de un bien en concreto dentro de dicha categoría genérica. Tal sería la pretensión de la Ley de Aguas, la Ley de Playas, etc.
- II. La afectación propiamente dicha de bienes concretos al dominio público por medio de la intervención directa de la Administración Pública, respecto de aquellos bienes que se consideran de dominio público artificial (aquellos que no destacan por sus condiciones físicas y respecto de los cuales sería perfectamente concebible la propiedad de los particulares). Es evidente que esta forma de adscripción al dominio público exige la observancia de determinados requisitos procedimentales que deben estar previstos con rigor en la Ley. A su vez, la doctrina española suele distinguir tres tipos de afectación:

1. Afectación expresa: es el caso genérico explicado.
2. Afectación Implícita: que tiene lugar cuando la vinculación se produce en virtud de la acción expropiatoria de la Administración Pública en lo que se refiere a los bienes del Estado, y, en lo que se refiere a bienes de las entidades locales, cuando la adscripción tiene lugar por actos dictados por la correspondiente corporación local con iguales o mayores solemnidades formales que las previstas para la afectación expresa.
3. Afectación Presunta: sólo contemplada para los bienes de las entidades locales, que tiene lugar de forma automática cuando se vinculan bienes patrimoniales (esto es, de propiedad privada) por más de 25 años a un uso o servicio público, o cuando la entidad local adquiere por usucapión civil el dominio sobre una cosa que estuviese destinada a un uso o servicio público.

CONCLUSIONES

Llegados a este punto de la exposición, podemos hacer un trabajo de síntesis y recoger las ideas fundamentales sobre las que hemos reflexionado:

⁵⁴ SÁNCHEZ BLANCO, ÁNGEL. "La afectación de bienes al dominio público". Instituto García Oviedo. Sevilla, 1979. p. 11.

⁵⁵ BALLBÉ, M. "Voz "Dominio Público"" En: Enciclopedia Jurídica Seix. Barcelona p. 784.

⁵⁶ Ibid. p. 68

- En primer lugar, la constatación de la dificultad que rodea la definición de la naturaleza jurídica del dominio público, pudiendo identificarse dos grandes posturas al respecto dentro de las cuales la variedad y rigor de cada opinión particular es encomiable. La evolución doctrinal a lo largo de los últimos años tiende a identificarse con posturas lejanas al derecho de propiedad como fundamento del dominio público y persigue la construcción de una categoría autónoma del Derecho Administrativo, que recoja la configuración actual de la Administración Pública como persona jurídica vinculada a la permanente satisfacción del interés general de los administrados, respecto del cual los medios materiales (en sentido amplio) se ordenan en cuanto tales medios y no como entes de valor en sí mismos. Por otra parte, la necesidad de integrar el pulso social y la nueva perspectiva de la función administrativa en la configuración del dominio público, asumiendo así la progresiva desmaterialización del concepto y su identificación con la utilidad económica en sentido amplio.
- Por otra parte, la toma de conciencia acerca de la implicación que tiene la construcción de una categoría como el dominio público de cara a la definición de un determinado modelo de Administración Pública y de Derecho Administrativo, esencial en un ordenamiento jurídico como el peruano, que está fortaleciendo el régimen jurídico de esta disciplina en torno a los principios constitucionales que definen una República democrática y social (artículo 43 de la Constitución Política del Perú). En este sentido, debe construirse con fundamento la teoría del dominio público, de tal forma que integre un Derecho Administrativo adecuado a las exigencias del papel constitucional que corresponde a la Administración Pública.
- Por último, la constatación de las carencias legislativas en relación con esta materia en el ordenamiento jurídico del Perú, haciéndose imperativa la necesidad de una reforma que dote de perfecta coherencia los distintos textos legales implicados en el régimen jurídico del dominio público, que armonice y simplifique los conceptos y establezca el procedimiento para que los bienes se integren en esta especial categoría jurídica. No se trata de un debate estéril o con meras pretensiones dogmáticas, sino que detrás del mismo está en juego el afianzamiento de la seguridad jurídica, la eficacia en la actuación administrativa y la garantía de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración.