

## EL DEMANIO Y EL PLAN. INSTRUMENTOS PARA EL USO Y CONSERVACION DE LAS MARI SMAS

Por CESAR J. SALVADOR ARTOLA

*Secretario de la Junta del Puerto de Pasajes (Guipúzcoa). Abogado*

Diario La Ley, 1992, pág. 1079, tomo 1, Editorial LA LEY

LA LEY 6251/2001

### I. INTRODUCCION

Comparado con la antigüedad de la regulación específica de las marismas en el Derecho español, que se remonta al siglo pasado, el enfoque conservacionista es una auténtica novedad, cosa de ayer mismo, que se contrapone a la perspectiva economicista e incluso higiénica que ha fomentado la desecación. A pesar de que algunas normas de este tipo conservan una vigencia que podríamos calificar de «residual» (1) , la inflexión legislativa puede darse por concluida en la línea de la preocupación medioambiental que se refleja en el art. 45 de la Constitución.

Este giro ya había sido reclamado por la doctrina desde hace diez años (2) , y se hizo esperar hasta la promulgación de la vigente legislación de aguas, que no consistió sino en un anuncio de la nuevas orientaciones (como no podía ser de otra forma, por no ser las marismas un objeto propio de su regulación), estableciéndose los verdaderos hitos del nuevo régimen en la legislación de Costas y en la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres.

No es posible hablar aún de un régimen jurídico completamente configurado para las marismas porque esta Ley de 27 de marzo de 1989 tiene el carácter de legislación básica (art. 149.1.23 de la Constitución), correspondiendo a las Comunidades Autónomas la facultad de establecer normas adicionales de protección (3) . Además, conservan su vigencia los arts. 51 de la Ley y 99 del Reglamento de Puertos, reducidos a su ámbito específico hasta que sea promulgada una norma más actualizada, que ha sido anunciada por el Ministro del ramo. Sin embargo, creemos que es éste ya un momento adecuado para realizar algunas consideraciones sobre la regulación que nuestro ordenamiento establece para estos humedales, ya que sus elementos esenciales están configurados y no es previsible que se dicten más normas generales, correspondiendo ya el turno, según todos los indicios, a instrumentos específicos de ordenación y protección para cada uno de los espacios marismeños que las Administraciones competentes consideren dignos de ello.

### II. TIPOLOGIA DE LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCION DE LAS MARI SMAS

Esta somera exposición de la normativa protectora vigente tomará como hilo conductor la contraposición entre la técnica demanial, entendida como uno de estos mecanismos orientados a la defensa de los recursos o espacios naturales, y la técnica que denominaremos genéricamente «planificadora», que podemos caracterizar, a reserva de ulteriores precisiones, como la ordenación del espacio que debe ser protegido y los que se relacionan con él mediante el establecimiento de limitaciones a la propiedad plasmadas, básicamente, en una zonificación de usos. La diferencia básica está, por tanto, en la utilización de las facultades que corresponden a la Administración como titular del dominio público o, en el caso de la ordenación, en la creación de un marco de actuación para el conjunto de sus potestades, aplicable a un espacio geográfico concreto. Es evidente que ambas opciones tienen puntos de contacto entre sí: entre las facultades derivadas de la demanialidad se ha incluido siempre la de limitar

las actividades privadas en los predios vecinos (servidumbres), justificadas por el destino a que están afectados los bienes demaniales, y que dentro de los Planes de Protección, o los Planes Rectores de los Espacios Naturales Protegidos, se cuenta con la titularidad pública como un elemento esencial de actuación. Sin embargo, parece que la distinción que se establece puede resultar fructífera por la diferencia que desde un punto de vista «lógico» separa a ambas alternativas o, dicho de otra forma, por la esencial disparidad en la forma de su aplicación: la definición genérica, en sede legal, propia del dominio público natural, frente a la especificación detallada y ad hoc de las determinaciones establecidas por la autoridad pública para un ámbito predefinido.

Un segundo motivo para adoptar esta dicotomía, y éste no esencial a las técnicas, sino fruto de la vigente distribución de competencias, es que en el caso de las marismas la titularidad del dominio público corresponde al Estado. mientras que las competencias que suelen aglutinarse en la vía planificadora (urbanística, ordenación del territorio, ordenación del litoral, ejecución de la legislación sobre medio ambiente) corresponden, en buena medida, a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Tal división puede ser fuente importante de problemas, como muestra bien a las claras la vigente normativa, sin que quepa descartar que la opción por unas técnicas de protección u otras haya podido ser competencialmente interesada.

### III. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DEMANIALIDAD COMO TECNICA DE PROTECCION DE LOS HUMEDALES COSTEROS

Partiendo de la clasificación básica que facilita el art. 339 del Código Civil, los bienes demaniales pueden ser de uso público, o estar destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional. Una similar tipología se recogía en el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 27 de mayo de 1955 (art. 2.2) y en el vigente de 13 de junio de 1986 (Real Decreto 1372/1986, art. 2.2).

No parece haber duda respecto de la inclusión de las costas dentro de los bienes de dominio público destinados al uso público, ni acerca de la vigencia de esta clasificación (4) , pero cabe discutir su adecuación a los fines protectores que se impone la propia Ley de Costas (art. 2, apartados a y c), que impondrán en muchas ocasiones evidentes limitaciones a dicho uso directo por la colectividad. Cabe citar a este respecto el art. 4 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, que incluye entre los bienes de servicio público los montes catalogados, para dar idea del desfase y difícil adecuación de la clasificación básica aún vigente con la nueva finalidad protectora que se deriva del art. 45 de la Constitución.

Citemos, sin ánimo de exhaustividad, otro ámbito en el que la calificación de los bienes como de uso público ha encontrado dificultades de compatibilización con el concreto destino que se les asigna. En los puertos, que son expresamente citados por el art. 339.1 del Código Civil como dedicados al uso público, la regulación que de tal utilización se establece partiendo de la habilitación que al efecto realizan los arts. 12 de la Ley y 8.2 del Reglamento llega con frecuencia a su práctica desvirtuación. En estos lugares prima cada vez más la idea de servicio público, debiendo ser entendidos los puertos como bienes productivos que deben coadyuvar a la riqueza nacional (5) , es decir comprendidos más bien en el art. 339.2 del Código Civil (6) .

En nuestra opinión, estas limitaciones de la clasificación de los bienes públicos en el Código Civil obligan a concluir que es irrelevante en la práctica, por responder a un modelo de Estado y a una concepción de las funciones públicas muy diferentes de las actuales.

La propia consideración del dominio público como propiedad de los entes públicos, tomada directamente del modelo francés en contra de nuestra tradición histórica (7) , viene siendo matizada y puesta en cuestión para sustituirla por el papel central que se atribuye a la afectación (puesta en relación con la *dicatio romana* y la *consecratio canónica*, esto es, con los antecedentes históricos) (8) , proponiéndose la elaboración de una teoría

de la «cosa pública» en la línea del derecho alemán (MAUNZ) (9) . Con mayor circunspección, el Tribunal Constitucional ha relativizado también el valor de la «propiedad pública» del dominio público, haciendo hincapié en el aspecto negativo de la extracomercialidad (sentencia 227/1988 de 29 de noviembre, fundamento jurídico 14) (10) .

Si se cuestiona incluso esa opción básica, nada hay de sorprendente en que el desfase del Código Civil afecte también a la clasificación del demanio según su afectación al uso público, al servicio público y al fomento de la riqueza nacional. Siguiendo con la idea de que la técnica demanial, en lugar de una propiedad, es un título de potestad, los fines a que se aplique habrán de estar en directa relación con los fines que constitucionalmente tiene fijados el Estado, por lo que necesariamente habrán de diferir en el Estado Social respecto de los que se previeron dentro del liberalismo decimonónico, llegando a configurarse tales potestades públicas como auténticos deberes de prestación estatal y desde luego, primando la acción estatal o fin público sobre la consideración estática del demanio como «patrimonio afectado». En lo que respecta a los llamados bienes de uso público, no se trata ya de un conjunto constitutivo del sustrato físico de usos colectivos sobre el que el Estado despliega una función de mera policía sino del resultado de la acción positiva de conformación social a que dicho Estado está obligado (11) .

Se trata, en definitiva como propone FONT i LLOVET en la obra citada, de sacar la institución del dominio público de la legislación civil, llevándola a su ámbito propio, el derecho público, e incluso extraer las debidas consecuencias de su constitucionalización, ya que a partir de ésta la materia demanial no es sólo objeto de la legislación ordinaria. Son precisamente los fines públicos constitucionalmente garantizados, puestos en relación con los concretos bienes de dominio público que han merecido consagración constitucional, los que han de facilitar la clasificación moderna de los bienes de dominio público. El resultado, en lo que aquí nos ocupa, es que si la protección medioambiental de un espacio costero impone limitaciones que aparentemente contradigan su calificación básica como bien de uso público, la aparente antítesis ha de resolverse desde la plena virtualidad del mandato contenido en el art. 45 de la Constitución y la obsolescencia del concepto decimonónico de uso público reflejado en el Código Civil: hoy ya no hay uso público sin una positiva acción administrativa, no sólo de imposición de limitaciones, sino también de prestación (12) .

Además de ser demanio de uso público, el demanio costero es natural, es decir, demanio por definición, en contraposición al demanio por afectación. Esta circunstancia significa que la protección que se le asigne comprende automáticamente todos los espacios comprendidos en el concepto, con una homogeneidad de régimen que supone una indudable garantía de mínimos. Supone también, por el contrario, una rigidez en la regulación y, sobre todo, una limitación al espacio comprendido dentro del deslinde, que no se soluciona -en lo que a las marismas respecta- con el sistema de servidumbres establecido en la Ley de Costas, ya que su conservación requiere una garantía de aportación de recursos hídricos y de mantenimiento de la vegetación del entorno, así como de limitación de usos en el mismo, que no se refleja en aquellas ni por la forma en que se define su extensión territorial ni por su contenido.

#### IV. LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACION

Es conocida la preferencia de los ambientalistas por este tipo de instrumentos, por su carácter ad hac, por el nivel de detalle a que se puede llegar, por la participación que cabe dar a la colectividad interesada en su proceso de elaboración. De hecho, las leyes que se definen como específicamente protectoras optan decididamente por esta vía, desde la derogada Ley 15/1975 de 2 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos, hasta la vigente de 27 de marzo de 1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (Ley 4/1989), pasando

por la normas dictadas por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias de establecimiento de medidas adicionales de protección.

En relación con las marismas, podemos enumerar como contenidos en este epígrafe los siguientes.

#### 1. PLANES ESPECIALES DE PROTECCIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES Y DEL PAISAJE

Están definidos en el art. 17.1 de la Ley del Suelo y en el art. 76 del Reglamento de Planeamiento, estableciéndose en los artículos siguientes su contenido y procedimiento de elaboración, dentro del que hay que destacar el informe del órgano u organismo competente del Ministerio de Agricultura, a los efectos de determinar su adecuación a los regímenes de protección establecidos en la Ley de Espacios Naturales Protegidos de 2 de mayo de 1975 (art. 79.2). En la actualidad habrá que entender que este informe deberá ser evacuado por el organismo competente de la Comunidad Autónoma.

Solamente en el caso de que la totalidad de la marisma y de su zona de influencia estén comprendidas dentro del mismo término municipal podrá ser operativo un Plan de este tipo, que ya despertó la inquietud del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo desde el principio de la vigencia del Reglamento de Planeamiento (13) .

Desgraciadamente, las necesidades inmediatas de los municipios no suelen dejar lugar a la preocupación por la conservación de unos espacios que, frecuentemente, resultan muy valiosos por su proximidad a la costa y, por tanto, a los puntos de mayor concentración humana y valor económico de los municipios del litoral. En muchos casos parece que estamos más cerca de aquella prescripción de la Ley Cambó que otorgaba prioridad a las solicitudes municipales para desecar marismas para el ensanche de poblaciones que de esta ágil y progresiva herramienta de nuestra legislación del Suelo.

#### 2. INVENTAR[O DE ZONAS HUMEDAS

El art. 276 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico prevé la realización por los Organismos de cuenca de un inventario de zonas húmedas comprensivo de las existentes en el territorio y las superficies que, mediante las adaptaciones correspondientes, pudieran recuperar o adquirir tal condición. Entendemos que en este inventario habrán de estar incluidas las marismas, porque son expresamente citadas en el listado de zonas húmedas que contiene el art. 275.2 (de hecho, se citan en primer lugar), y además el art. 276, siguiendo al art. 103.2 de la Ley de Aguas, prevé que estas zonas serán delimitadas «de acuerdo con la correspondiente legislación específica», lo que no puede significar sino que serán deslindadas de acuerdo con la Ley de Aguas o de acuerdo con la Ley de Costas, según proceda.

El inventario a que hacemos referencia constituye en realidad un paso previo a la formulación de los correspondientes planes de protección, sobre cuya naturaleza, contenido y órgano competente para formularlos el Reglamento de Dominio Público Hidráulico no se pronuncia, por lo que podrá optarse entre los diversos instrumentos existentes. El art. 277 contiene los datos que habrán de reflejarse para cada zona húmeda (delimitación, características físicas y biológicas, estado de conservación y amenazas de deterioro, aprovechamientos, medidas necesarias para su conservación y protección, posibles aprovechamientos) y en el art. 278 se establece la posibilidad de que, al deslindarse la zona húmeda, se establezca un entorno natural o perímetro de protección mediante expediente en el que se dé audiencia a los propietarios afectados. Dado que los propietarios estrictamente colindantes ya habrán sido parte en el expediente de deslinde a efectos de la fijación de los límites físicos de las respectivas parcelas, cabe clasificar este perímetro de protección dentro de las medidas que van más allá de lo estrictamente demanial para integrarse en las delimitaciones de usos propias de la técnica planificadora, ya que cabe la posibilidad de que los particulares afectados no sean los que lindan materialmente con la marisma, sino una zona mayor, según lo exijan las concretas necesidades de defensa del

humedal.

Esta norma, que recoge las necesidades a que hacíamos referencia más arriba con respecto a la protección del entorno circundante a la marisma, tiene el defecto de no prever la audiencia al Ayuntamiento en cuyo término municipal se asiente, quien está sin duda afectado por la competencia urbanística que le corresponde. Tiene además un problema práctico, y es si será posible establecer las medidas de protección en torno a una zona húmeda que ya haya sido delimitada con anterioridad.

Por otra parte, y esto es predicable tanto del inventario como del perímetro de protección, resulta discutible la atribución de la competencia al Organismo de cuenca en el caso de las marismas, en las que habría sido mucho más adecuado asignarla a los Servicios Periféricos de Costas o, preferentemente, esperar a que su regulación específica fuera establecida, en consonancia con el resto del litoral en que se integran, en la legislación de Costas que elaboró poco después el mismo Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo.

### 3. NORMAS DE PROTECCIÓN Y UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PUBLICO MARITIMO-TERRESTRE

El art. 34 de la Ley de Costas y los arts. 71 a 74 de su Reglamento prevén que la Administración del Estado dicte normas generales y específicas. para tramos de costas determinados sobre protección y utilización del dominio público marítimo-terrestre. Es una innovación importante, ya que constituirían una pauta para el ejercicio de las competencias del Estado en las costas, sirviendo de referencia para las previsiones de las otras Administraciones y los particulares acerca de las posibilidades de utilización del dominio público (criterios para otorgamiento de concesiones y autorizaciones, localización en el dominio público de infraestructuras e instalaciones). Pero cabe preguntarse si el informe del Ayuntamiento y la Comunidad Autónoma, no vinculante y que ha de emitirse en el plazo de un mes (arts. 73 y 74 del Reglamento), es suficiente para hacer valer las competencias que éstos tienen atribuidas. Este es un defecto que ha sido insistentemente puesto de manifiesto por la doctrina y que se detecta a lo largo de toda la Ley de Costas, ya que, so capa de la regulación del uso y la protección del dominio público de que es titular, el Estado incide decididamente en la ordenación del territorio (14) . La cuestión ha sido zanjada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 149/1991 de 4 de julio, declarando la inconstitucionalidad del art. 34 de la Ley de Costas por este motivo.

Desde la concreta perspectiva que nos ocupa, cabe señalar que estas Normas sólo podrían incidir en la protección de las marismas al ocuparse de la «realización de actuaciones de defensa, regeneración, recuperación, mejora y conservación del dominio público» (art. 71.1 a). Es evidente que dentro de la genérica alusión a las «actuaciones» cabe perfectamente la imposición de limitaciones específicas a las propiedades colindantes con las marismas, pero se echa en falta el establecimiento de un procedimiento específico, que habría sido necesario para dotar de la suficiente habilitación a la actuación administrativa. Además, del resto de las determinaciones propias de estas normas se deduce el confinamiento de su ámbito de aplicación a los límites estrictos del dominio público, como unas normas de administración de los propios bienes de que estima conveniente dotarse la Administración del Estado.

Estos datos nos permiten deducir que el establecimiento de las medidas de protección de las marismas no encuentra acomodo en ellas siendo preciso remitirse al procedimiento del art. 278 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, con los problemas de organización administrativa y de otra índole que hemos apuntado.

### 4. LA OPCIÓN POR EL CRITERIO DE LA DEMANIALIDAD EN EL ARTÍCULO 21.3 DE LA LEY 4/1989 DE 27 DE MARZO, DE CONSERVACIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES Y DE LA FLORA Y FAUNA SILVESTRES

Tras establecer la tipología de los planes de protección que pueden formularse con arreglo a esta ley y señalar

(art. 21.1) que la competencia para su declaración y gestión, salvo los Parques Nacionales, corresponde a las Comunidades Autónomas, el art. 21.3 dice:

«La declaración y gestión de los espacios naturales protegidos a que se refiere el capítulo anterior corresponderá al Estado cuando tengan por objeto la protección de bienes de los señalados en el artículo 3 de la Ley 22/1988, de 28 de Julio. de Costas.»

Dentro de una ley típicamente planificadora, la aparición de este precepto resulta especialmente sorprendente, por suponer una auténtica «infiltración» de una técnica que ha de contemplarse como subsidiaria e instrumental desde la visión más global de los medios de actuación administrativa en que ha de colocarse el legislador en esta sede. Pero más sorprendente resulta aún la finalidad con que es utilizada, ya que sirve como criterio delimitador de competencias, aplicación que está expresamente excluida por la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1984. Dice esta sentencia, esquemáticamente, que la titularidad del dominio público y el ejercicio de las competencias que la Administración del Estado tenga atribuidas en relación con el mismo no excluyen las competencias que correspondan a la Comunidad Autónoma, que pueden concurrir sobre el mismo espacio físico siempre que no interfieran o impidan el ejercicio de la competencia estatal, debiéndose estar en caso de conflicto al criterio de primar la competencia prevalente.

En este concreto supuesto concurre la competencia estatal de protección y garantía del uso público de la zona marítimo-terrestre con la competencia que, como mínimo (art. 148.1.9 de la Constitución), tendrá atribuida la Comunidad Autónoma en cuanto a la gestión en materia de protección del medio ambiente, así como en materia (art. 148.1.3) de ordenación del territorio. Resulta difícil de aceptar que la competencia estatal derivada del título demanial, prácticamente coincidente en sus objetivos con la competencia autonómica en materia de medio ambiente (por lo que ésta difícilmente podrá interferirla o impedirle), deba prevalecer no sólo sobre ella, sino también sobre la más amplia y comprensiva de ordenación del territorio, a la que afectará, extendiéndose, si ha de ser efectiva la protección, más allá del riguroso perímetro demanial (art. 18.1: Zonas Periféricas de Protección) que sirve para excepcionar la distribución competencial establecida en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía (15) .

Para entender el sentido de esta distribución de competencias que contiene el art. 21.3 de la Ley 4/1989 sólo cabe, a nuestro juicio, una posibilidad: que se considere el uso público de la zona marítimo-terrestre como prevalente respecto de la protección del medio ambiente, por lo que se reserva la facultad de limitar dicho uso público a la propia Administración del Estado, gestora y garante del mismo. Es decir, que en la dialéctica uso público-protección que se detecta en la Ley de Costas, la segunda sería tan sólo un mecanismo de garantía de la persistencia del ámbito sobre el que el primero se desarrolla.

Sobre la base de esta interpretación, que es acorde con la interpretación contraria a un proteccionismo a ultranza que el Tribunal Constitucional hace del art. 45 de la norma fundamental, pasemos a analizar el apartado 2 de este mismo art. 21. Dice:

«Las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en materia de espacios naturales protegidos, y con competencia para dictar normas adicionales de protección en materia de medio ambiente, podrán establecer, además de las figuras previstas en los artículos anteriores, otras diferentes regulando sus correspondientes medidas de protección.»

Si tenemos en cuenta que los espacios cuya declaración y gestión se reserva el Estado en el art. 21.3 son los del Capítulo II de la Ley («los espacios naturales protegidos a que se refiere el capítulo anterior»), podemos llegar a la conclusión de que las Comunidades Autónomas que tengan las competencias descritas en el 21.2 podrán declarar

y gestionar espacios naturales, siempre que se aparten de la tipología del Capítulo II, incluyendo en los mismos zonas del dominio público marítimo-terrestre y, en concreto, marismas.

Este resultado es poco satisfactorio por los siguientes motivos. En primer lugar, parece que el alcance de la competencia de la Comunidad Autónoma depende de que utilice una figura distinta de las expresamente tasadas en la Ley estatal, sin que exista en la escueta regulación que se hace de ellas impedimento alguno para que puedan tener por objeto los espacios regulados por la Ley de Costas. En segundo lugar, la posesión de competencia exclusiva en materia de espacios naturales protegidos significaría la eliminación de la prevalencia del uso público de las costas sobre su protección, en base exclusivamente al criterio del mayor contenido competencial de la Comunidad Autónoma. La posesión de la competencia exclusiva a que se acaba de hacer mención explica, ciertamente, que la Comunidad Autónoma pueda tipificar y regular las figuras de protección que tenga por conveniente, añadiéndolas, o utilizándolas alternativamente, a las que contiene la Ley 4/1989. Pero no explica que por eso se le permita incidir en un ámbito vedado por su carácter demanial y por la prevalencia del uso público a que está afectado, ya que a este respecto se trata del mismo caso de competencias concurrentes que analizábamos más arriba respecto de las Comunidades que no gozaban de un ámbito competencial tan amplio y que hay que resolver de la misma forma, de manera que no se impida el ejercicio de la competencia estatal.

Para terminar de complicar la situación, y con sólo unos meses de diferencia respecto de la promulgación de la Ley estatal, ve la luz la Ley 5/1989 de 6 de julio, de Protección y Ordenación de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai. Esta Ley del Parlamento Vasco, basándose en las competencias exclusivas de la Comunidad en materia de ordenación del territorio y del litoral y en la de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación estatal en materia de medio ambiente, crea una figura de protección no prevista en la Ley estatal y la aplica sobre un espacio típicamente marismeño, que constituye lo esencial y más interesante, desde el punto de vista ecológico, de su ámbito de aplicación (16) .

Podría parecer que las competencias en materia de ordenación del territorio y del litoral no son suficientes para limitar el uso público de la zona marítimo-terrestre, que es lo que se hace en esta norma típicamente protectora. En palabras de PERALES MADUEÑO (17) .

«La titularidad pública estatal no excluye la actividad de planeamiento territorial y urbanístico. La sentencia del Tribunal Constitucional tantas veces citada de 3 de julio de 1984 deja sentado este principio Sin embargo, tal competencia está constitucionalmente limitada por el uso público que corresponde a la demanialidad, lo que impide la adopción de cualquier decisión de planeamiento que condicione o perturbe dicho uso. No obstante, recíprocamente, al estar este suelo sometido al planeamiento territorial y urbanístico, su utilización por el Estado tampoco puede esquivar dicha competencia. En síntesis, el planeamiento territorial y urbanístico no puede modificar ni limitar el uso público del dominio marítimo-terrestre, pero su titular, el Estado, está sometido a las disposiciones sobre ordenación emanadas del planeamiento territorial y urbanístico Estas disposiciones, o decisiones no podrán impedir el ejercicio de las competencias estatales »

La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencias para dictar normas adicionales de protección en materia de medio ambiente (art. 149.1.23 de la Constitución), pero en el Estatuto no aparece la competencia exclusiva en materia de espacios naturales protegidos sino tan sólo la de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación estatal en materia de medio ambiente, expresamente citada en la Exposición de Motivos de la Ley de Urdaibai. ¿Bastan estas competencias para considerar que la Comunidad Autónoma del País Vasco está comprendida en el art. 21.2 de la tan repetidamente citada Ley estatal? ¿Es admisible la interpretación puramente literal que hemos sugerido más arriba del art. 21.3?



La primera cuestión puede tener una respuesta positiva, pero no la segunda. Entendemos que, por impropio que pueda parecer, la ley atribuye a la Administración central, y sólo a ella, la competencia para declarar y gestionar las figuras de protección que afecten al dominio público marítimo-terrestre y, en concreto, a las marismas.

¿Qué valor tiene esta interpretación a la luz de la doctrina constitucional sobre el dominio público dentro del Estado autonómico? Profundizando más allá de aquella afirmación esencial de la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1984, según la cual el dominio público no es un criterio empleado en la Constitución para la distribución de competencias, axioma que es esgrimido en la práctica con tal profusión que a veces parece que le convendría más al Estado tener una competencia sin base demanial, pues se pretende con frecuencia vaciar la competencia sectorial alegando la plena virtualidad de la competencia de ordenación del territorio sobre el demonio, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente en la sentencia, ya citada, relativa a la Ley de Costas.

Tras aclarar que la ordenación del territorio comprende en todo caso la ordenación del litoral, define a aquélla como una política, en contraposición a una técnica concreta, por lo que, a diferencia de aquellos casos en que las competencias son distribuidas en base a sectores del ordenamiento o de la actividad pública, en su ejercicio no cabe ignorar la competencia de otras instancias si la misma norma o acto es contemplado desde otras perspectivas. No cabe, por tanto, interpretarse en términos tan absolutos que elimine competencias estatales, aunque el ejercicio de éstas condicione necesariamente la ordenación del territorio.

La titularidad del dominio público apodera al Estado para ocuparse de su delimitación, la defensa de su integridad, del uso general a que está afectado, así como a la preservación de sus características y elementos naturales y la prevención de las consecuencias de las obras e instalaciones (fundamento jurídico 3). Tal vez por la necesidad de ceñirse al ámbito del litigio, aquí el Tribunal Constitucional recoge la concepción del demonio que defendíamos más arriba, como ligada a una finalidad pública concreta (medioambiental en este caso) más que a la conceptualización del Estado como propietario, que es la que parece subyacer a la tesis de BERLADIEZ ROJO (18) al mantener que la titularidad del demonio confiere al Estado todas las competencias que no estén expresamente atribuidas a otros entes, operando como una auténtica cláusula general (residual) de atribución de competencias.

Pues bien, si las competencias que corresponden al Estado en virtud de la titularidad demanial de las costas son las que hemos citado más arriba, es correcta la conclusión a que llegábamos a partir de la interpretación de la Ley 4/1989 de Conservación de los Espacios Naturales, y tanto la Ley Vasca sobre Urdaibai como la Ley Murciana sobre el Mar Menor invaden dichas competencias y son inconstitucionales, a pesar de que ambas Comunidades tienen competencias sobre la ordenación del territorio y el medio ambiente.

## V. PROTECCION DE LAS MARI SMAS Y ORDENACION DEL LITORAL EN FRANCIA

### 1. UTILIZACIÓN DE INSTRUMENTOS GENÉRICOS DE PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA

#### A) Protección de «parajes» (sitas)

Se rige por la Ley de 2 de mayo de 1930. Protege lugares de carácter artístico o pintoresco, científico o histórico. El concepto de «paraje» no ha de entenderse en sentido restrictivo, desde el punto de vista de su extensión, ya que puede abarcar espacios de cierta entidad (en el caso del archipiélago de Glénans cubre 142 hectáreas). Esta legislación se ha aplicado a abundantes lugares del litoral (Finistère, por ejemplo), pero se detecta una gran degradación e importantes infracciones del régimen en los espacios tratados por la misma, fruto de autorizaciones excesivamente generosas y una defectuosa gestión.

#### B) Parques nacionales (Ley de 22 de julio de 1960)



Se ha utilizado una sola vez en el espacio litoral, en Port Cros, pero las limitaciones impuestas se reducen a prohibir la pesca submarina y determinados tipos de redes; no puede hablarse propiamente de un parque natural litoral, sino de un parque «extendido» hasta la zona costera.

Los parques regionales surgidos a partir del Decreto de 25 de abril de 1988 sí han abarcado frecuentemente espacios litorales, con sus fondos marinos en muchos casos: Armorica, Camargue, Córcega, Martinica. El problema es que las competencias de las autoridades del parque se limitan a emitir sugerencias y a intentar persuadir a las autoridades realmente competentes.

#### C) Reservas naturales (Ley de 10 de julio de 1976)

Pueden afectar al dominio público marítimo y a las aguas territoriales. Incorporan una variada gama de medios de actuación, con prohibiciones y reglamentaciones, que pueden llegar a excluir las actividades tradicionales si son nocivas. Hay varias reservas naturales en el litoral; en concreto, la de la Camargue afecta específicamente a una zona húmeda.

Los autores franceses (19) opinan que la transposición de estos medios «terrestres» de protección al medio marino demuestra su inadecuación a las especificidades de éste, sin que pueda hablarse de un resultado mejor para el medio litoral, pues aunque pertenece a la tierra firme, participa también de tales particularidades.

## 2. UTILIZACIÓN DE MEDIOS ESPECÍFICOS DE PROTECCION DE LA NATURALEZA LITORAL

### A) El «Conservatoire de l'espace littora»

Creado por Ley de 10 de julio de 1975, su función es llevar a cabo una política de salvaguardia del espacio litoral, de respeto a los parajes naturales y de equilibrio ecológico. Esta política reposa sobre dos tipos de operaciones: la adquisición de terrenos y la organización y gestión de los terrenos adquiridos. Hasta 1990 la mayor parte de las adquisiciones habían sido amistosas si bien se preveía que habría que iniciar las expropiaciones para completar los terrenos necesarios. Una vez adquiridos estos terrenos son inalienables, con excepciones que requieren una mayoría cualificada del Consejo de Administración de Conservatoire y Decreto del Consejo de Estado.

La forma de gestión de estos terrenos es variada; pueden establecerse Convenios con entidades locales, establecimientos públicos (Office National des Forêts), fundaciones, asociaciones especializadas creadas al efecto, etc. En estos Convenios se establece el destino de las zonas administradas, dentro de una filosofía que no excluye el acceso por el hombre de forma sistemática, propugnando la apertura al público cuando las condiciones lo permiten y en circunstancias bien definidas. Esto no es sorprendente si se tiene en cuenta que el Conservatoire se creó tanto por consideraciones ecológicas como turísticas.

### B) Ley 2/1986 de 3 de enero, relativa a la ordenación, protección y puesta en valor del litoral

En su art. 3, que promulga el nuevo art. 146.6 del Código de Urbanismo, define el ámbito de protección: espacios terrestres y marinos, lugares y paisajes destacados o característicos del patrimonio natural y cultural del litoral y los medios necesarios para el mantenimiento del equilibrio biológico. Cubre, por tanto, dos funciones: la estética o paisajística y la ecológica. El detalle de los elementos dignos de protección se encuentra en el Decreto 694/1989 de 20 de septiembre, que incluye entre ellos las zonas húmedas litorales.

Lo característico de esta nueva ley, que en muchos aspectos, entre los que no se encuentra ésta, ha inspirado a la española, es la utilización expresa y directa de las técnicas urbanísticas para llevar a cabo la protección. Esta protección no excluye ciertos aprovechamientos, derivados de su gestión (camino peatonales, instalaciones móviles de información), o de una cierta explotación económica: actividades agrícolas, pesca, cultivos marinos, actividades pecuarias o forestales. Estos aprovechamientos son calificados de «livianos» y están sometidos a

información pública en determinados casos especificados en el Decreto 453/1985 de 23 de abril, modificado por el Decreto citado de 20 de septiembre de 1989.

Aparte de esto, la ley de 1986 no crea nuevos medios jurídicos de protección ni establece criterios de utilización de los instrumentos existentes. En este sentido la Directiva de Ordenación Litoral, aprobada por Decreto de 25 de agosto de 1979, era más clara y concreta, ya que definía «precauciones particulares», especialmente en materia de dragados y movimientos de tierras, estableciendo el principio de mantenimiento en su estado actual de las zonas húmedas. Sin embargo, el rango jurídico de la norma de 1979 era muy inferior, no siendo oponible a terceros en muchas de sus partes. La ley de 1986, por el contrario, es una auténtica ley de ordenación del urbanismo, cosa que no puede decirse de nuestra Ley de Costas.

C) Los esquemas de puesta en valor del mar

Regulados por el Decreto 1252/1986 de 5 de diciembre. Su objeto es facilitar las orientaciones fundamentales en materia de protección, explotación y ordenación del litoral. Establecen las vocaciones de los diferentes sectores del espacio marítimo, los principios de compatibilidad aplicables a los usos correspondientes, así como las consecuencias que se derivan respecto de la utilización de diversos sectores del espacio terrestre que están ligados al espacio marítimo. Pueden establecer restricciones particulares sobre dicho espacio, el fluvial o el terrestre, en la medida en que sean necesarias para la preservación del medio marino y litoral.

Dado que la tramitación de estos instrumentos implica a multitud de instituciones, tanto oficiales como sociales, asociaciones, etc., es un ámbito de reflexión global sobre el desarrollo de la protección del medio ambiente dentro del espacio delimitado por el esquema. Su reflejo en la normativa española está en las normas del art. 34 de la Ley de Costas y concordantes de su Reglamento, a cuyo contenido sectorial, limitado y demanialista, ya se ha hecho referencia más arriba, así como a su declaración de inconstitucionalidad.

## VI. CONCLUSIONES

El actual régimen de las marismas se caracteriza por la atribución de la demanialidad al conjunto de estos bienes, logrando la plena coincidencia entre los que obtienen tal calificación jurídica y los que se ajustan a su definición física. Las técnicas utilizadas para regular la utilización de estos espacios se dividen básicamente en las enfocadas a su aprovechamiento económico, que supone su desaparición (concesiones de desecación), y las más recientes, que se ocupan de su salvaguardia. Las primeras, por su cariz privatizador y su contraposición con las preocupaciones ambientales dominantes, están en franco retroceso, si bien no han desaparecido completamente y, sobre todo, continúan desplegando sus efectos a través de situaciones jurídicas consolidadas que son contempladas por las normas de enlace entre la legislación anterior y la vigente. Las segundas están afectadas por una importante dispersión, tanto tipológica (dominio público por una parte y ordenación del territorio por otra) como normativa y, sobre todo, competencial (Estado, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos). La conclusión es que, a pesar de la atención prestada por el legislador a los problemas e inquietudes puestos de manifiesto por la doctrina y por la difusa pero omnipresente mentalidad conservacionista, las soluciones contenidas en la normativa reciente tropiezan con obstáculos importantes, debidos en buena medida a su propia concepción y a los presupuestos, técnicos y competenciales, sobre los que se asientan. En este sentido, cabe hablar de una distorsión, con origen competencial, en la selección de las técnicas, que determina una preferencia del legislador estatal por la demanial. El ejemplo francés nos muestra cómo una estructura competencial diferente, más centralizada, inclina la balanza a favor de las soluciones «planificadas».

La publicación del presente trabajo fue recomendada por los miembros del Jurado que otorgó el VIII Premio Nacional LA LEY de artículos doctrinales.

- (1) Nos referimos a las normas sobre desecación contenidas en la legislación de Puertos, derogada por la Ley de Costas para el conjunto de la zona marítimo-terrestre, a excepción de las superficies delimitadas por las zonas de servicio de los mismos (argumento, ex. art. 4.11 de la Ley de Costas).
- [Ver Texto](#)
- 
- (2) Por ejemplo, LOPEZ RAMON. «Consideraciones sobre el régimen jurídico de las marismas», RAP núm. 96, 1981, págs. 66, 68-69.
- [Ver Texto](#)
- 
- (3) Si bien el régimen vigente es directamente aplicable, ya que la legislación básica en materia de medio ambiente es una «protección mínima» que puede ampliarse, pero no una «legislación de bases» que precise de ulteriores actos normativos para su aplicabilidad (sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991 de 4 de julio).
- [Ver Texto](#)
- 
- (4) PAREJO GAMIR, R.. «Aspectos registrales de la nueva Ley de Costas», en Homenaje a Villar Palasí, Madrid, Civitas, 1989. pág. 984: «así lo abona una unanimidad doctrinal. el ejemplo del Derecho comparado y, desde luego, la propia Ley de Costas que insiste, a veces con reiteración, en el uso público y general del dominio marítimo terrestre y. en especial. de las playas: artículo 2».
- [Ver Texto](#)
- 
- (5) COSCULLUELA MONTANER, L., Administración Portuaria. Madrid, Tecnos, 1973, págs. 141 y ss.
- [Ver Texto](#)
- 
- (6) GODFRIN (Droit administratif des biens, Paris, Masson, 1978, pág. 20) critica también la distinción entre servicio público y uso público, calificándola de poco rigurosa y aduciendo precisamente el ejemplo de los puertos.
- [Ver Texto](#)
- 
- (7) FERNANDEZ DE VELASCO, «Sobre la incorporación al Código Civil español de la noción de dominio público». en Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, 1942, págs. 113 y ss.
- [Ver Texto](#)
- 
- (8) ARIÑO ORTIZ, La afectación de bienes al servicio público, Madrid, ENAP, 1973.
- [Ver Texto](#)
- 
- (9) PAREJO ALFONSO, «El dominio público. Un ensayo de reconstrucción de su teoría general», RAP, núms. 100-103, pág. 198.
- [Ver Texto](#)
- 
- (10) FONT i LLOVET, «La ordenación constitucional del dominio público». Estudios sobre la Constitución Española, Madrid, Civitas, 1981, vol V. págs. 3921-3922.
- [Ver Texto](#)
-

(11) PAREJO ALFONSO, op. cit, pág 2380.

[Ver Texto](#)

---

(12) Recuérdese la importantísima cantidad invertida por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, a través de la Dirección General de Puertos y Costas, en la regeneración de playas, tarea que con toda seguridad habrá de mantenerse con la nueva estructura organizativa, que otorga a la protección litoral una Dirección General propia dentro de la Secretaría General de Medio Ambiente.

[Ver Texto](#)

---

(13) Dictamen del Consejo de Estado de 17 de diciembre de 1980, citado por MARTIN MATEO, op. cit., pág. 25.

[Ver Texto](#)

---

(14) Cabe citar, por ejemplo, a PERALES MADUENO («La ordenación del territorio y del urbanismo desde la nueva Ley de Costas», en Jornada sobre la Ley de Castas, Oñati IVAP, 1990, pág. 60), que propone incluir las medidas de protección de carácter ambiental contenidas en la Ley de Costas en una ley de bases de protección del medio ambiente, mejorando el soporte constitucional y permitiendo un desarrollo autonómico sin necesidad de afectar a la normativa urbanística. Estas observaciones han sido formuladas a propósito sobre todo de las servidumbres, algunas de las cuales (servidumbre de protección, zona de influencia) son realmente novedosas. No entramos en su exposición, por entender que ya se ha indicado lo más relevante acerca de estas modalidades de extensión de la protección demanial al hacer referencia a su homogeneidad y rigidez.

[Ver Texto](#)

---

(15) Resulta especialmente difícil de comprender el contenido que corresponde asignar ahora al art. 13.7 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que otorga a esta Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de marismas.

[Ver Texto](#)

---

(16) Existe un precedente de otra Ley autonómica ésta no recurrida, a diferencia de la de Urdaibai, ante el Tribunal Constitucional : La ley de la Región de Murcia de 23 de abril de 87, de Protección y Armonización de Usos del Mar Menor (ESCRIBANO COLLADO, «La ordenación del territorio y el medio ambiente en la Constitución», en Estudios sobre la Constitución Española, Madrid, Civitas, 1991, vol. VI, pág. 3726).

[Ver Texto](#)

---

(17) Op. cit., pág. 56.

[Ver Texto](#)

---

(18) «Problemas competenciales sobre la zona marítimo-terrestre y las playas», Estudios sobre la Constitución Española. Madrid, Civitas, 1991, vol. IV, págs. 3681-3682.

[Ver Texto](#)

---

(19) LE BOZEC, A. y LE MORVAN, D., «La protection de l'espace littoral», en Droit du littoral et de la mer cotière, París. Económica, 1991, pág. 163.

[Ver Texto](#)

---