



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Público

TEORÍA GENERAL DEL DOMINIO PÚBLICO
REVISIÓN, CRÍTICA Y PROPUESTAS

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MATTIA MAURO RAFFAELLO CASALI GUIDUGLI

Profesor Guía: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

Santiago, Chile

2020

TABLA DE CONTENIDO.

TABLA DE CONTENIDO	2
RESUMEN	10
INTRODUCCIÓN	11
CAPITULO I. NOCIÓN DE DOMINIO PÚBLICO.	14
1. Cuestiones preliminares	14
a. Cosa, bien y dominio: nociones esenciales	14
b. La clasificación de las cosas	16
c. La terminología de la teoría general del dominio público.	18
2. Las concepciones doctrinales del dominio público	20
a. Concepción del dominio eminente.	22
b. Concepción patrimonialista.	23
c. Concepción funcionalista.	24
d. Concepción de la prestación asistencial objetivada.	25
3. Elementos y definición del dominio público.	26
a. Elementos del dominio público.	27
a.1. Elemento objetivo.	27
i) Bienes materiales inmuebles.	28
ii) Bienes materiales muebles.	30

iii) Peculiaridades del dinero.	31
iv) Bienes inmateriales y derechos.	32
v) Universalidades públicas.	34
a.2. Elemento subjetivo.	35
a.3. Elemento finalista.	40
i) El uso directo.	43
ii) El uso indirecto.	43
a.4. Elemento normativo: propuesta de distinción entre elemento normativo-asignativo y elemento normativo-funcional.	44
b. Síntesis de los elementos del dominio público: una propuesta de definición de esta institución jurídica.	53
4. Características del dominio público y su régimen.	56
a. Es un régimen de bienes.	56
b. Aptitud de los bienes que integran el régimen de dominio público.	56
c. Es un régimen de derecho público.	57
d. Es un régimen exorbitante.	57
e. Es un régimen de sustitución integral del Derecho privado.	58
f. Es un régimen destinado a un fin público.	58
g. Es una técnica de control del poder público.	58
h. Accidentalidad del régimen de dominio público	59

i.. Excepcionalidad del régimen de dominio público.	59
j.. Unidad del régimen asignativo de dominio público	59
k. Pluralidad del régimen funcional de dominio público y eventualidad de los usos privativos.	60
l. Legalidad del régimen de dominio público.	61
5. Clasificación del dominio público.	61
a. En relación a la necesidad de adaptar la cosa para que integre el dominio público.	61
b. En relación a la situación física del objeto de dominio público.	62
c. En relación a la competencia territorial del ente público a cargo del bien de dominio público.	63
d. En relación a los fines públicos que persigue la destinación del dominio público.	64
6. Efecto del dominio público: breve descripción del régimen demanial.	64
a. Subsistema de protección administrativa.	65
a.1. La incomerciabilidad del dominio público.	65
a.2. La inalienabilidad del dominio público.	67
a.3. La imprescriptibilidad del dominio público.	68
a.4. La tuición, cuidado y tutela administrativa.	70
a.5. Las acciones judiciales protectoras del dominio público.	71
b. El subsistema de disfrute administrativo.	75

b.1. El uso directo: principios y clases.	75
b.2. El uso indirecto.	77
b.3. El uso privativo por particulares: permisos y concesiones.	78
b.4. El uso privativo por el Estado.	82
c. El subsistema de mutabilidad administrativa.	84
c.1. La afectación.	85
c.2. La desafectación.	86
c.3. La mutación propiamente tal.	87
CAPITULO II. EVOLUCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO	89
1. El Derecho romano	90
a. Clasificación de las cosas y su régimen.	90
b. El ager publicus.	92
c. El fiscus caesaris.	95
2. De la Edad Media al Antiguo Régimen	95
a. El Feudalismo.	96
b. Los glosadores y postglosadores.	98
b.1. El afianzamiento del poder monárquico.	98
b.2. El origen del dominio eminente.	101
c. Los iusnaturalistas modernos: madurez del dominio eminente.	102

3. La Revolución francesa y la codificación.	107
4. La Doctrina contemporánea.	109
a. Francia.	110
a.1. La tesis de Proudhon y la reacción de Hauriou.	110
a.2. Derroteros de la teoría general del dominio público: correctivos a la teoría de la afectación.	113
i) La reducción del dominio público: la teoría de la adaptación especial.	114
ii) La expansión del dominio público: las teorías de la accesoriedad, del dominio público global y de los volúmenes de dominio.	119
b. España.	126
b.1. Fernández de Velasco y sus continuadores.	126
b.2. La reacción contra el patrimonialismo: Villar Palasí y Parejo Alfonso.	129
c. Alemania.	132
c.1. La tesis tradicional: el dualismo	132
c.2. La 'procura existencial' de Forsthoff.	134
c.3. La alternativa propuesta por Mayer.	139
5. El dominio público en la Legislación comparada.	141
a. Francia: Code Civil y Code general de la propiete des personnes publiques	142

b. España: Constitución, Código Civil y Ley 33/2003.	143
c. Alemania: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland	144
d. Italia: Costituzione y Codice Civile	145
6. Examen final de las concepciones doctrinales del dominio público: sobre la naturaleza jurídica de esta institución.	146
CAPITULO III. BASES JURÍDICAS DEL DOMINIO PÚBLICO EN CHILE	153
1. Constitución Política de la República de 1980	153
a. Art. 19, número 23.	153
a.1. Las cosas comunes.	155
a.2. Las agresiones legislativas a la libertad de adquisición de bienes	158
a.3. Las condiciones de ejercicio de la potestad de restringir o privar de la libertad de adquisición de bienes.	159
i) La ley y la concurrencia del reglamento a propósito del dominio público.	161
ii) El interés nacional y la titularidad del dominio público.	164
iii) La determinación del bien público.	171
a.4. El principio de subsidiariedad.	172
i) Los sentidos posibles de la subsidiariedad.	172
ii) La subsidiariedad y el dominio público.	184
b. El régimen minero.	189

c. La Constitución y otras dependencias demaniales.	193
c.1. Las aguas.	193
c.2. Los bienes intelectuales.	195
d. Sobre si la Constitución tiene una noción propia de dominio público.	200
2. Código civil de 1855.	202
a. Art. 585.	202
b. Art. 589.	204
c. Art. 591.	207
d. Otras disposiciones.	215
3. Decreto-Ley N° 1.939 de 1977.	216
4. Otras normas legales y reglamentarias.	218
a. Dominio público terrestre.	218
b. Dominio público hidráulico.	220
c. Dominio público aéreo.	222
d. Dominio público intelectual.	223
5. Ideas esenciales de la jurisprudencia y doctrina sobre el dominio público.	223
a. La jurisprudencia constitucional.	223
b. La jurisprudencia judicial.	250
c. La jurisprudencia administrativa.	269

d. La doctrina nacional.	280
CONCLUSIONES	286
BIBLIOGRAFÍA	292
1. Legislación extranjera.	292
2. Legislación nacional.	292
3. Doctrina extranjera.	294
4. Doctrina nacional.	298
5. Jurisprudencia extranjera.	302
6. Jurisprudencia nacional.	304
a. Jurisprudencia constitucional.	304
b. Jurisprudencia judicial.	304
c. Jurisprudencia administrativa.	305
7. Recursos electrónicos.	305
8. Otros.	305

RESUMEN.

El presente trabajo tiene los siguientes objetivos: (i) dar un reporte de la teoría general del dominio público; (ii) evidenciar las críticas a ciertos aspectos de ella; y (iii) proponer una forma de entendimiento de esos aspectos y del dominio público en general.

El primero de tales objetivos es el eje de esta tesis, sirviendo para estructurarla en tres capítulos, cada uno a cargo de responder una interrogante. Los otros objetivos se insertan a lo largo de ese desarrollo, conforme surgen los aspectos controvertidos y se toma partido en las discusiones que originan.

El '**Capítulo I. Noción de dominio público**', busca contestar a la pregunta '¿qué es el dominio público?'. Para ello, analiza lo que es 'cosa', 'bien' y 'dominio', luego plantea las concepciones doctrinales sobre el dominio público y, finalmente, los elementos, definición, características, clasificación y régimen del mismo.

En el '**Capítulo II. Evolución del dominio público**', se persigue responder a la interrogante '¿cuál es la naturaleza del dominio público?'. Para ello, aborda esta institución desde el Derecho romano, pasando por el Feudalismo, el Bajo Medioevo, el iusnaturalismo moderno y el pensamiento contemporáneo de Proudhon y Hauriou, así como las doctrinas que a partir de esta evolución se originaron en el Derecho francés, español y alemán.

Finalmente, el '**Capítulo III. Bases jurídicas del dominio público en Chile**', pretende contestar a la pregunta '¿qué es el dominio público y que naturaleza tiene en el Derecho chileno?'. Para ello, se estudia la Constitución Política de la República, el Código Civil, el D.L. N° 1.939 y, luego, realiza una exposición de las varias leyes nacionales que tratan bienes públicos, distribuidas en dominio público terrestre, hidráulico, aéreo e intelectual. Finalmente, se realiza una revisión de la jurisprudencia constitucional, judicial y administrativa sobre la materia, terminando con un reporte sobre la doctrina nacional.

INTRODUCCIÓN.

En una democracia, corresponde al Legislador decidir el régimen de los bienes, para lo que tiene esencialmente las siguientes opciones. En primer lugar, vedar su adquisición a todos, como ocurre con la alta mar (bienes comunes). En segundo lugar, puede admitir que sean objeto de propiedad civil, ya sea de los privados (bienes privados) o del Estado (bienes fiscales). En tercer lugar, es posible que disponga reglas especiales para determinados tráficós civiles, lo que ocurre, por ejemplo, al prohibir la compraventa entre cónyuges. En cuarto lugar, podría crear un patrimonio de afectación, sujeto o no a reglas especiales para determinados tráficós. Ejemplo de ello es el peculio profesional del menor. Estas dos últimas formas comparten ser modulaciones del régimen general de Derecho civil, por lo que no lo excluyen. En último lugar, podrá sustraerlas íntegramente de tal tráfico privado, declarando que son propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable de la Nación, organizando su disfrute mediante técnicas de Derecho administrativo. Esta última fórmula es llamada '*dominio público*'.

En este trabajo, sostengo la siguiente hipótesis sobre el dominio público. Este no viene determinado por su afectación a un uso directo e inmediato por los habitantes. Tampoco por su empleo en la prestación de un servicio público, la gestión de títulos de uso privativo ni ningún otro cometido concreto. El dominio público puede servir a cualquier fin (uso, servicio, fomento o empresa pública), siempre que el instrumento seleccionado por el Legislador haya sido este específico régimen. Por ejemplo, una alternativa para incentivar una actividad económica es otorgar subsidios o beneficios tributarios, pero también podría recurrirse a la técnica del dominio público. Mediante ella, el insumo esencial de esa actividad se reserva a la Nación, ya sea para explotarlo únicamente por empresas públicas o para fomentar la actuación de los particulares, mediante el otorgamiento a ellos de títulos de uso privativo.

La ley que selecciona el régimen de dominio público para gobernar una cosa resuelve dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, la asignación o propiedad del bien, mediante su atribución a la Nación para un fin público. El régimen demanial persigue

conservar esta decisión, por un lado, declarando inenajenable el bien, lo que sustrae a este del Derecho civil. Por otro, esta decisión también se preserva otorgando potestades administrativas para la tuición, cuidado y tutela del bien, así como creando acciones judiciales protectoras del mismo. En segundo lugar, la ley que declara público un bien resuelve un asunto de funciones estatales, consistente en la concreta realización del fin que tiene reservar tal bien a la Nación. Para ello, el régimen demanial crea distintas formas de disfrute administrativo, los que son el uso directo, el uso indirecto, el uso privativo por particulares y el uso privativo por el Estado.

La decisión sobre el régimen de bienes es normalmente un contenido constitucionalmente intervenido. Debido a ello, no bastará la legitimación formal de esa decisión, sino que deberá ser especialmente justificada, es decir, la medida tendrá que ser racional, adecuada, necesaria y proporcional al fin que persigue la ley. En Chile, además, deberá adoptarse por ley de quorum calificado dictada en interés nacional.

A fin de comprobar la hipótesis expuesta en los párrafos anteriores, el presente trabajo se ha organizado en tres capítulos, los que pasan a describirse sucintamente.

En el primer capítulo, llamado '**Capítulo I. Noción del Dominio Público**', se busca exponer la teoría general del dominio público. Cabe advertir que, en este capítulo, tal teoría general se estudia en abstracto, es decir, sin referirla a un sistema jurídico en concreto, por lo que las menciones al Derecho chileno en este punto tienen un fin meramente ejemplar. El desarrollo de este primer capítulo se divide en seis partes, fijándose en la primera de ellas el sentido en que se usarán palabras como cosa, bien, dominio y sus clasificaciones. En la segunda parte, se enuncian las concepciones doctrinales que explican el dominio público (dominio eminente, patrimonialismo, funcionalismo y prestación asistencial objetivada). En la tercera, cuarta y quinta parte, se revisan los elementos, definición, características y clasificación del dominio público. En la sexta y última parte de este capítulo, se estudia el régimen demanial.

El segundo capítulo, llamado '**Capítulo II. Evolución del dominio público**', expone latamente sobre la historia de la técnica demanial, con un doble fin. Por un lado, conocer los actuales avances que la teoría general del dominio público ha tenido en la doctrina comparada. Por otro, conocer acabadamente las concepciones doctrinarias

sobre la naturaleza jurídica del dominio público, para criticarlas y realizar propuestas en esta materia. Para lograr los fines descritos, este capítulo se divide en seis partes, principiando por el Derecho romano. En la segunda parte, se examina el periodo que va desde el Feudalismo hasta el Antiguo Régimen. En la tercera parte se estudia el Derecho surgido de la Revolución francesa y la codificación. En la cuarta parte se expone latamente sobre la doctrina contemporánea y, en la quinta parte, se mencionan las normas jurídicas que en el Derecho comparado reglan el dominio público. En la sexta parte y final, se critican las concepciones doctrinales del demanio y se propone una forma de comprender su naturaleza jurídica.

En el tercer y último capítulo, llamado '**Capítulo III. Bases jurídicas del dominio público en Chile**', se aplica la teoría general del dominio público al Derecho nacional. Esto se realiza en cinco partes. En primer lugar, estudiando la Constitución Política de la República y, particularmente, el artículo 19, número 23, de la misma, el principio de subsidiariedad y los preceptos constitucionales relativos a la minería, las aguas y las creaciones del intelecto. En segundo lugar, se analiza el Código Civil, con un especial énfasis a su artículo 589. En tercer lugar, se expone sobre el Decreto-Ley N° 1.939. En cuarto lugar, se presentan las otras normas legales y reglamentarias que rigen el demanio en Chile, divididas de acuerdo a la dependencia demanial a la que pertenecen (dominio público terrestre, hidráulico, aéreo e intelectual). En quinto y último lugar, se habla sobre la jurisprudencia (constitucional, judicial y administrativa) y la doctrina nacional relativa a la teoría general del dominio público.

CAPÍTULO I.

NOCIÓN DE DOMINIO PÚBLICO.

La exposición de una teoría general comienza dando una noción de aquello que es objeto de la misma, lo que en este caso es el dominio público. Este fin se obtiene analizando los elementos que lo componen, la definición y efectos que de ellos resultan, así como las características y clasificaciones que admite.

Sin embargo, se realizará un ejercicio previo a ello, consistente en fijar el sentido de las palabras que se usarán y las concepciones doctrinarias que existen sobre el dominio público. Esto permitirá conocer el exacto sentido y alcance que tendrán las exposiciones, críticas y propuestas que, a lo largo de los capítulos, se hará a la teoría general del dominio público.

1. Cuestiones preliminares.

Para asegurar la claridad de la exposición, es preciso determinar el sentido con que expresiones recurrentes se usan en este análisis, como son los términos '*cosa*', '*bien*' y '*dominio*'. Hecho esto, corresponderá abocarse a las muchas formas de nombrar el dominio público, a fin de resolver si todas significan lo mismo o si, en cambio, ponen de relieve aspectos distintos de una misma realidad.

a. Cosa, bien y dominio: nociones esenciales.

Cosa y bien no son sinónimos. El primero no es un concepto jurídico, sino epistémico. Cosa es una porción de la realidad (material). "*El concepto de cosa y todas las distinciones objetivas que de ellas encontramos en el Derecho privado, valen también en el Derecho público*"¹. Surge, empero, una interrogante: ¿cómo identificar una cosa? En ningún caso se trata de un ejercicio jurídico, pues al Derecho no toca describir la

¹ DROMI, José Roberto. 1992. *Derecho administrativo*. Buenos Aires, Astrea, N° 555.

realidad, sino sólo valorarla en su peculiar lenguaje. Se trata, más bien, de una cuestión de filosofía del Derecho, que, si bien excede la temática a tratar, es necesario comprenderla someramente para iniciar la exposición sobre el dominio público.

Sostengo que una cosa es un objeto determinado y aprovechable. Que su determinación sea material (espacio y percepción) o intelectual es indiferente. Igual cosa ocurre si no es susceptible de valor o si, al aprovecharse, no puede excluirse a otros (no es apropiable).

Una vez se identifica una cosa, el sistema jurídico le atribuye significado y, con ello, crea conceptos propios (jurídicos). Los bienes son cosas a las que se atribuyó significado: ser objeto de una posición jurídica. De manera que una vivienda es una cosa, de la misma forma que lo es una calle, una plaza, la energía hídrica o el honor. Todos ellos son, además, objetos de posiciones jurídicas.

Si un bien es la cosa objeto de una posición jurídica, se requiere igualmente que un sujeto sea situado respecto al bien. Se puede situar a más de uno simultáneamente, incluso, respecto a un único bien. Ocurre así, por ejemplo, con una vivienda gravada con usufructo. Un sujeto se situará respecto a ella como propietario; otro paralelamente como usufructuario. Será factible esta simultaneidad cuando los poderes atribuidos a cada sujeto sean distintos. No lo será, en cambio, si a dos sujetos, independientes uno de otro, se les atribuyen idénticos poderes. Aun tratándose de comunidades se sostiene esta afirmación, pues en estas los poderes simultáneos son cuotativos, esto es, dependientes unos de otros. De lo señalado se explica la distinción clásica del Derecho privado entre '*iura in re propria*' y '*iura in re aliena*'. Ambas son categorías de derechos reales y su contrapartida son los derechos personales. Los primeros sitúan a un sujeto respecto a un bien que no consiste en una conducta ajena. Los segundos, *a contrario sensu*, sitúan al individuo respecto al comportamiento debido por otro. Los conceptos coinciden, sin embargo, en que un sujeto aprovecha el objeto de la posición (son bienes). Tanto el propietario aprovecha la vivienda como el arrendador el pago (conducta) de la renta por el arrendatario.

El dominio es una especie de posición que tiene una persona (el propietario) respecto del bien objeto de esa posición (la propiedad). En Derecho privado, esta posición se

caracteriza por ser permanente, exclusiva o excluyente y absoluta, pudiéndose usar, gozar y disfrutar del bien arbitrariamente. Son estas cualidades las que causan estupor al hablar de dominio público, pues este no es exclusivo ni absoluto ni permanente. El organismo público a su cargo no puede disponer de él y sólo lo goza restringidamente (por ejemplo, al cobrar derechos por los títulos de uso privativo que otorgue). No es él quien lo disfruta, sino todos los habitantes de la República, sea directa o indirectamente. El demanio es mutable, mediante la afectación y desafectación de los bienes que lo componen. Sin embargo, la propiedad particular también presenta modulaciones a sus características ya señaladas. Si está gravada con fideicomiso no será permanente, si lo está con usufructo no será absoluta o si son dos o más los dueños (copropiedad) no será exclusiva. En la propiedad privada estas circunstancias son excepcionales, pero en el dominio público son notas características. Estas diferencias se deben a la arbitrariedad que rige la propiedad particular, lo que significa que el sistema jurídico no preordina lo que el propietario hará con la propiedad. En el Derecho público, en cambio, es la ley quién fija la finalidad y, por ello, es que el demanio carece de esas cualidades. No sólo para impedir que los particulares sustraigan al bien del fin impuesto, sino para que la Administración no altere lo ya decidido por la ley, por ejemplo, enajenando el bien. La posición de dominio en definitiva es el poder del titular de decidir que se hará con la cosa, ya lo realice él mismo u otro lo haga en la forma que este titular permita. Quien tiene este poder de decisión es aquel que estimo disfruta, aprovecha o se beneficia del bien. En la propiedad privada esa decisión la ley la entrega a otro (sea el particular o la Administración), aun cuando lo restrinja para compatibilizar su actuación con el interés público. En el dominio público, en cambio, esta materia la resuelve la ley por sí misma.

b. La clasificación de las cosas.

Las cosas se agrupan en categorías, útiles para determinar a qué régimen jurídico se someten. De las diversas clasificaciones existentes, las que presentan mayor utilidad para el dominio público son las siguientes. En primer lugar, la distinción entre las cosas corporales o materiales y las inmateriales, según si esa porción de la realidad tiene

existencia física o meramente intelectual. Entre las cosas inmateriales, destacan los derechos y acciones, que los artículos 565 y 576 del Código Civil chileno llaman '*cosas incorporales*', y cuya existencia se debe al sólo intelecto jurídico. En segundo lugar, la clasificación de las cosas en muebles e inmuebles, de acuerdo a si pueden o no trasladarse de un lugar a otro, sea por sí mismas o mediante una fuerza externa. En tercer lugar, la distinción entre cosas fungibles y no fungibles, atendiendo a si son o no reemplazables. En cuarto lugar, la clasificación de las cosas en consumibles y no consumibles, según si se destruyen o no con el primer uso. En quinto lugar, se distinguen las cosas comerciables y las no comerciables, de acuerdo a si pueden o no ser objeto de posiciones jurídicas privadas. En sexto lugar, las cosas apropiables e inapropiables, diferencia que consiste en si pueden o no ser objeto de propiedad o dominio. En quinto y último lugar, atendido el titular del dominio, hay cosas privadas y públicas, y en este último caso, cosas nacionales y fiscales. De todas las distinciones hechas, la más relevante en materia de dominio público es la última de las anotadas, pues pone de relieve los dos regímenes jurídicos que pueden gobernar una cosa en manos del Estado.

Las cosas que son objeto del dominio público se destinan a un fin de utilidad común y quedan sujetas a un régimen especialísimo. Este se caracteriza por la incomerciability de la cosa pública y, a causa de ella, la inalienabilidad, inembargabilidad, imprescriptibilidad y disfrute administrativo de la misma. Son bienes nacionales de acuerdo al sistema jurídico chileno, por ejemplo, las calles, caminos, puentes, plazas, aguas, minas y el espectro radioeléctrico. Cabe advertir que, en Chile, los conceptos de '*bien nacional*' y '*bien público*' tienen un preciso significado legal, dado por el artículo 589 del Código Civil. Sobre estos conceptos legales se volverá en el siguiente acápite, destinado a la terminología usada en la teoría general del dominio público. Sin embargo, conviene advertir desde ya que en este trabajo se usa el término '*bienes nacionales*' no en su sentido legal en Chile, sino de acuerdo a su significado en la doctrina comparada, como sinónimo de bienes públicos o demaniales.

Si la cosa es objeto del dominio fiscal, en cambio, se encuentran en la misma situación que las cosas privadas, con las excepciones previstas en leyes o reglamentos especiales. En Chile, las más relevantes normas jurídicas sobre el patrimonio fiscal

son, en primer lugar, el D.L. N° 1.939 que reglamenta la adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado. Le siguen el Decreto Supremo N° 577 de 1978 de Bienes Nacionales, sobre muebles fiscales, y el Decreto Supremo N° 64 de 1989, sobre remate de inmuebles fiscales prescindibles. Ejemplos de cosas que, de acuerdo al ordenamiento nacional, integran el patrimonio fiscal son las tierras que -situadas dentro de la República- carezcan de otro dueño, las islas que se formen en ríos o lagos navegables por buques de más de 100 toneladas, los bienes de servicios o empresas públicas, los impuestos, contribuciones, tasas y en general los tributos, las cosas decomisadas, las multas y cualquier otra no afecta a los fines del demanio.

c. La terminología de la teoría general del dominio público.

La doctrina y las legislaciones usan una inmensa variedad de palabras para referirse a una sola y misma institución: el dominio público. La interrogante que ello plantea es si todas esas palabras significan lo mismo. Sostengo que no, pues unos términos realzan un aspecto de la institución, mientras que otros se refieren a otras condiciones del mismo. Para demostrar esto, propongo agrupar las distintas palabras en categorías y relacionarlas unas con otras.

La primera categoría consiste en los términos que se refieren a una posición jurídica, como dominio o propiedad nacional, pública o administrativa. Las nociones antedichas pueden tener, sin embargo, dos sentidos. Por un lado, propiedad o dominio (cualquiera sea su naturaleza) calificado por el titular (el sujeto en la posición jurídica). Por otro, al régimen jurídico que lo gobierna (el contenido de la posición jurídica). Dominio o propiedad pública puede referirse a su titularidad estatal, a ser regida por el Derecho público o ambas a la vez. Semejante flexibilidad no la presenta el dominio nacional, referido sólo al titular (la Nación). Tampoco es elástico el concepto francés de propiedad administrativa, que únicamente explicita su régimen jurídico.

La segunda categoría está formada por las palabras que se refieren a la situación del bien, tales como bienes nacionales, públicos, demaniales, dominicales o dominiales. Esta categoría puede tener dos sentidos. Primero, bienes calificados por su titular o, segundo, por su régimen jurídico. Hablar de bienes públicos, al igual que dominio o

propiedad pública, puede referirse a su titular, su régimen o ambos a la vez. En cambio, los bienes nacionales, al igual que el dominio nacional, se refiere sólo al titular. No obstante, como ya se señaló, se debe advertir que los bienes nacionales, en Chile, tienen un preciso significado legal:

“*Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda [...]*” (artículo 589 del Código Civil).

La misma norma jurídica subdistingue los bienes nacionales de uso público de los bienes fiscales. Los primeros se destinan al uso de todos los habitantes; los segundos, en cambio, son usados privativamente por los entes estatales personificados. La doctrina comparada, en cambio, confronta bienes públicos con bienes patrimoniales. Son conceptos análogos a los previstos en el Código civil chileno, excepto por la siguiente prevención. Los bienes públicos -en el extranjero- se destinan al “uso o servicio público”, “interés común”, “utilidad pública” y demás fines análogos. Se trata de fines que, en definitiva, exceden a lo dispuesto por el artículo 589 del Código Civil. Con todo, tal oposición destaca el diferente régimen jurídico de cada bien. Por un lado, bienes públicos regidos por el Derecho administrativo y, por otro, bienes patrimoniales sujetos al Derecho privado. En Italia, con las apostillas al *Codice civile*, surge un concepto intermedio: bienes patrimoniales afectos al uso público (*‘beni patrimoniali affetti al’uso pubblico’*). Son bienes a los que, aun siendo fiscales, se les aplican determinados efectos de las cosas públicas, como ser inalienables (*‘beni patrimoniali indisponibili’*)².

Los términos de esta segunda categoría, que se refieren a la situación del bien, pueden además tener un tercer sentido. Se trata de un patrimonio o masa de bienes, con independencia de otras cuestiones (titular, régimen, naturaleza). Al hablarse, por ejemplo, de bienes demaniales, dominicales o dominiales, se afirma que tales cosas integran el demanio, cualesquiera sean los efectos jurídicos de esa pertenencia.

La tercera y última categoría de palabras son las que insertan a otras en la teoría del dominio público. Se habla, por ejemplo, de la demanialidad de un bien. Asimismo, se predica la dominicalidad del criterio o factor usado para discernir si es o no propiedad

² Véase el artículo 826 del Codice civile italiano.

administrativa. Puede señalarse, además, la dominialidad de una posición o potestad. Igual rol cumplen, por ejemplo, los términos 'demanial', 'dominical' o 'dominial' como quedó demostrado en la anterior categoría.

En síntesis, el dominio público es una especie de posición jurídica en que un sujeto se encuentra respecto a un bien. Se dirá que una cosa es un bien público cuando sea objeto de esa posición y se predicará la demanialidad del criterio usado para identificar al sujeto u objeto de ella. Asimismo, se dirá que dominio público es el régimen que gobierna la persona, objeto o contenido de la posición, y también que es el nombre que recibe esta última como institución. Finalmente, se hablará del patrimonio público, como aquel que recoge todas las posiciones jurídicas de esta naturaleza existentes en una sociedad.

2. Las concepciones doctrinales del dominio público.

Signo de los desencuentros existentes sobre el dominio público son las varias concepciones doctrinales que existen sobre este, las que pueden sintetizarse en cuatro.

En primer lugar, los teóricos del dominio eminente distinguen entre esta especie de propiedad y la que llaman útil. Esta última es la que tiene todo dueño (particulares o Fisco) para disponer arbitrariamente de aquello que le pertenece. El dominio eminente, en cambio, es el poder proveniente de la soberanía, para disponer de la propiedad particular, incorporándola al patrimonio público y destinándola a la utilidad común. Este planteamiento justifica el poder ablatorio del Estado (por ejemplo, expropiación). Sin embargo, la sola referencia a la soberanía no permite distinguir esta competencia estatal de otras con igual origen, como lo es la dictación de normas o la justicia. Además, el dominio público al que se incorpora el bien no se distingue de la propiedad privada, por lo que no resultan explicadas las peculiaridades de la primera.

En segundo lugar, los autores patrimonialistas señalan que sobre los bienes públicos existe una propiedad especial, aunque de la misma naturaleza que la del Derecho civil.

Por un lado, su visión externa de la propiedad pública esclarece quién es su titular. Por otro, su visión interna es conflictiva. El Estado no cuenta con derechos y las facultades para ejecutarlos, sino con funciones y las atribuciones para cumplirlas. Al importarse nociones del Derecho privado se pierde, por tanto, en claridad. Además, no logran los autores acordar cuales serías las notas características de esa especie de dominio.

En tercer lugar, los autores funcionalistas aseveran que sobre los bienes públicos se ejercen funciones públicas. Hoy no interesa al Estado conservar inalterados los bienes que se reserva, sino explotarlos, por lo que el dominio público devino en un título para organizar tal explotación, mediante el otorgamiento de derechos reales administrativos a los particulares. Útil resulta su doctrina para entender cómo opera, en lo interno, una parte de los bienes demaniales. Sin embargo, es inútil para abordarlo externamente: no niegan ni afirman que exista un titular, sencillamente excluyen la interrogante. Además, reducir el entendimiento sobre el disfrute del demanio a la habilitación de usos privativos, oscurece las distinciones logradas en esa materia (uso directo, indirecto o privativo).

Finalmente, una variante del funcionalismo es la concepción del dominio público como prestación asistencial objetiva. De acuerdo a ella, la atribución al Estado de la calidad de propietario de un bien público es una herramienta (título) para prestar un servicio a la comunidad. Este consiste en conservar una cosa, para cubrir la necesidad de los habitantes de usarla, o en otorgarles títulos privativos, para satisfacer la necesidad de explotarla. Esta doctrina coincide con la anterior en que el Estado tiene funciones públicas y no facultades dominicales respecto de los bienes nacionales. Se aleja de ella, en cambio, al extender los métodos de intervención que admite. No obstante, estimo que la misma sigue siendo reducida, oscureciendo las distinciones logradas sobre el disfrute del dominio público.

Para familiarizarse con los autores y sus ideas, se citarán los conceptos de dominio público que se han dado en cada corriente. Sin embargo, el estudio acabado de los mismos será materia de otro capítulo, destinado exclusivamente a la evolución histórica de la teoría general del dominio público.

a. Concepción del dominio eminente.

El origen de esta teoría se encuentra en la recepción del Derecho romano por los glosadores y postglosadores de la Baja Edad Media. A partir de Hugo Grocio (siglo XVII), el dominio eminente adopta su fisonomía moderna. En la obra *'Principios y Sistema de Derecho Minero'* de Vergara Blanco, el pensamiento de los autores de esa época es descrito de la siguiente forma:

“Samuel Pufendorf llama dominio eminente a la potestad que corresponde al Estado sobre las cosas del ciudadano, por causa de utilidad pública, por lo que la llama ‘potestas eminens’, sobre todo porque la concibe como un poder de soberanía y no como un verdadero dominio o propiedad; en el mismo sentido: [...] Diescau, para quién el soberano tiene una ‘potestas’, un ius imperium sobre el súbdito y sobre sus bienes, para quien no debe llamarse ‘dominium eminens’, pues ‘dominium denota derecho de propiedad, mientras que el detentador de la ‘summa potestas’ no es ciertamente propietario de la cosa del súbdito [...] así como Bynkershoek, quien, en lugar de dominium eminens, habla de potestas eminens; Tomaso, de imperium eminens; Huber y Noodt hablan de un ius eminens in personas et in bona singulorum”³.

La concepción del dominio eminente era la doctrina en boga al dictarse en Chile el Código Civil de 1855. El redactor de este cuerpo normativo, Andrés Bello, en su obra *'Principios de Derecho de gentes'*, lo explica en estos términos:

“Hay, pues, dos especies de dominio inherente a la soberanía: el uno semejante al de los particulares, que es el que se ejerce sobre los bienes públicos; y el otro superior a este, en virtud del cual puede el soberano disponer, no solo de los bienes de la república y de los bienes comunes, más también de las propiedades de los particulares, si la salud o la conveniencia del Estado lo requieren”⁴.

³ VERGARA Blanco, Alejandro. 1992. *Principios y sistema del Derecho minero*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 222.

⁴ BELLO López, Andrés. 1832. *Principios de derecho de gentes*. Santiago, Imprenta de la Opinión, pág. 62-63.

b. Concepción patrimonialista.

Esta teoría surge en Francia con Maurice Hauriou, quién conceptúa el dominio público en estos términos:

“[Les] propriétés administratives rendues inaliénables et imprescriptibles per leur destination... [Dans] biens appartient...aux diverses personnes administratives, soit pour le mettre à la disposition du public, soit pour les affecter á leurs services publique”^{5 6}.

España recibe las ideas de Hauriou con Fernández de Velasco, quién define los bienes públicos como:

“Una clase especial de entre los que integran la res publicae...los de dominio público se ofrecen como aquellos que el Estado reserva al público, pero diferenciados por ese destino y no por el sujeto”⁷.

Con su labor se dará inicio a largos años de reflexión sobre este instituto. Uno de sus continuadores, Balbé, señalaba que el dominio público es:

“La institución de derecho público que rige las cosas, objetivamente de cualquier clase que, correspondiendo su titularidad a una persona jurídico-pública, se hallan directamente destinadas a sus funciones”⁸.

Martínez Useros, finalmente, la caracterizó como:

“Un conjunto o masa de bienes, que: a) por su destino (contemplación objetiva) o, b) por su pertenencia a un sujeto, que es principio activo de la promoción del bien común (estimación subjetiva), se hallan afectos y han

⁵ HAURIUO, Maurice. 2002. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris, Editions Dalloz. págs. 608-609

⁶ Trad. libre: *“[Las] propiedades administrativas resultan inalienables e imprescriptibles por su destinación... [Esos] bienes pertenecen...a diversas personas administrativas, o para ponerlas a la disposición del público, o para afectarlas a su servicio público”.*

⁷ FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo. 1942. *Sobre la incorporación al Código civil español de la noción de dominio público*. Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, pág. 119. Citado por VERGARA Blanco, Alejandro. 1989. *Teoría del dominio público: el estado de la cuestión*. Revista de Derecho Público, N° 114, pág. 38.

⁸ BALBÉ, Manuel. 1945. *El concepto de dominio público*. Barcelona, Bosch. p. 786.

*de servir en pro de la mejor eficiencia de la gestión del gobierno político y administrativo*⁹.

Autores de otras nacionalidades también son tributarios de la doctrina de Hauriou. Por ejemplo, en Alemania señala Mayer:

"Cette propriété dont la gestion et l'administration est régie par le droit public, nous l'appelons une propriété de droit public...Elle est, pour nous, une manifestation de la puissance publique"^{10 11}.

Otro caso se da en Argentina, donde Marienhoff se refiere al dominio público como:

*"Un conjunto de bienes que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política pueblo, hallándose destinados al uso público -directo o indirecto-"*¹².

c. Concepción funcionalista.

Se puede tener a Proudhon como antecedente directo del funcionalismo:

"Le pouvoir même que le gouvernement exerce, par sa haute administration, sur les objets nécessaires aux besoins et au service publics"^{13 14}.

Sus planteamientos fueron desplazados por los de Hauriou en los países de tradición continental. Sin embargo, a partir de 1960 se dieron voces disidentes en España. Surgió, así, la corriente funcionalista propiamente dicha. Villar Palasí fue su primer autor, quién señala:

⁹ MARTÍNEZ Useros, Enrique. 1954. *Improcedencia de servidumbres sobre el dominio público, en Estudios García Oviedo* (n. 362), p. 137. Citado por VERGARA Blanco, Alejandro. 1989. *Óp. cit.*, p. 187.

¹⁰ MAYER, Otto. 1905. *Le droit public allemand*. Tomo III. Paris, Libraires-Editeur, pág. 112.

¹¹ Trad. libre: "Ciertas propiedades donde la gestión y la administración está regida por el derecho público, nosotros la llamamos una propiedad de derecho público...Ella es, para nosotros, una manifestación del poder público".

¹² MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo V. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, N° 1735.

¹³ PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor. 1835. *Traite du domaine public ou de la distinction des biens*. Tomo II. Dijon, Libraire-éditeur, pág. 268.

¹⁴ Trad. libre: "El poder mismo que el gobierno ejerce, por su alta administración, sobre los objetos necesarios para las necesidades y los servicios públicos".

“¿Qué sentido tiene el demanio minero desde el ángulo de las cosas reales? El dominio público nació más bien, y pervive hoy, como técnica jurídica eficaz, con un sentido plenamente funcional: construir un título de intervención administrativa plena [...] si la administración tiene públicos hoy una serie de dominios, no lo hace con el viejo sentido regalano de dejar las cosas así, incrementando el acervo del príncipe; antes bien, está interesada en otorgar concesiones al máximo, despojándose aparentemente del contenido útil de lo publicado. Esta aparente contradicción es la que desvela totalmente la función de la publicatio: construir sobre ella el título de intervención”¹⁵.

d. Concepción de la prestación asistencial objetivada.

El origen de este planteamiento se encuentra en Alemania, con la noción de ‘*procura existencial*’ acuñada por Ernst Forsthoff. Al respecto, escribe Harmut Maurer en la obra ‘*Derecho Administrativo Alemán*’:

“El concepto de la ‘procura existencial’ fue acuñado por Forsthoff en un trabajo publicado en 1938 con el título Die Verwaltung als Leistungsträger. Forsthoff lo circunscribió inicialmente a la prestación de bienes y servicios de importancia vital para la población (electricidad, agua, transportes públicos), pero luego lo amplió a otros bienes y servicios de los ámbitos económico, social y cultural necesarios para una existencia humana plena”¹⁶.

En España, Parejo Alfonso recoge las ideas de Villar Palasí y Forsthoff, creando una variante del funcionalismo llamada ‘*prestación asistencial objetivada*’. El referido autor explica esta concepción de la siguiente forma:

¹⁵ VILLAR Palasí, José Luis. 1968 (1986). *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*. Madrid, Universidad de Madrid, pág. 32-33. Citado por VERGARA Blanco, Alejandro. 1989. *Óp. cit.*, pág. 49.

¹⁶ MAURER, Harmut. 2006 (2012). *Derecho Administrativo Alemán*. 16° Edición. Traducción de Gabriel Doménech Pascual (coordinador). México D.F., Universas Autónoma de México, pág. 8.

“La cosa pública puede ser de dos tipos: aquellas cosas públicas que tienen por objeto la utilización individual, es decir, que una vez creada la cosa pública, la Administración va a tener que entablar relaciones jurídicas concretas en el sentido amplio de aprovechamiento con los usuarios de las cosas, o bien, cosas públicas de utilización general, en el sentido que la creación misma de la cosa pública ya produce el efecto pretendido de satisfacción de la necesidad colectiva, como por ejemplo, abrir un parque público al uso general. Lo característico del dominio público es este deber de la Administración de creación, mantenimiento y puesta a disposición permanentemente en forma continuada a lo largo del tiempo, mientras no se altere el ordenamiento jurídico, de una determinada prestación a los ciudadanos. En las cosas públicas de uso general o común el contenido del deber se agota en ese mantenimiento de la cosa pública. En las de utilización individual o privativo además de ese deber se da la auto vinculación de la Administración a un contenido predeterminado de las futuras relaciones jurídicas de utilización individualizada”¹⁷.

3. Elementos y definición del dominio público.

Hauriou, en su obra *‘Précis de Droit Administratif et du Droit Public General’* (1892-1901), señalaba dos condiciones que deben cumplirse, simultáneamente, para hablar de dominio público. En primer lugar, que un bien pertenezca a persona jurídica pública. En segundo lugar, que un bien esté afecto al interés general.

Balbé, en cambio, entrega cuatro componentes en el *‘Concepto de Dominio Público’* (1945). Su labor doctrinal servirá a Marienhoff, primero en el *‘Tratado del Dominio Público’* (1960) y, luego, en el *‘Tratado de Derecho Administrativo’* (1965). Si bien

¹⁷ PAREJO Alfonso, Luciano. 2001. *Reconstrucción de una teoría general del dominio público*. En Anuario Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Antofagasta, 7, pág. 20.

persisten desencuentros sobre uno u otro elemento (ya en su contenido, ya en su alcance), perdura cómo esquema basal.

En primer lugar, existe un elemento objetivo, que se trata de los bienes aptos para ser objeto de la posición dominical. En segundo lugar, un componente subjetivo, es decir, los sujetos de la posición dominical y, desde ya, se enfatiza que es un componente complejo. En tercer lugar, un rasgo finalista, pues la posición dominical sirve a un cometido público. En cuarto y último lugar, una condición normativa, esto es, una norma jurídica que disponga la demanialidad de la posición jurídica formada por la cosa, el sujeto y el fin dichos.

Resulta crucial advertir que sólo existirá dominio público cuando se reúnan copulativamente los componentes que se acepten como parte de él. Si uno de ellos falta, aunque concurren los otros, el bien o cosa no puede considerarse demanial. Por ello, el régimen jurídico del dominio público no es elemento o causa de la demanialidad, sino efecto o consecuencia de ella.

A continuación, se expondrán separadamente los elementos del dominio público y las discusiones que su alcance trae consigo. Hecho este ejercicio, podrá concluirse proponiendo una noción de esta institución jurídica.

a. Elementos del dominio público.

a.1. Elemento objetivo.

La doctrina pone de relieve que, en su sustrato material, no existe diferencia entre la propiedad pública y privada. Por ejemplo, José Roberto Dromi afirma:

“El dominio público se ejerce sobre bienes idénticos a aquellos sobre los cuales se ejerce la propiedad privada, pues la demanialidad es independiente de la cualidad material de las cosas”¹⁸.

¹⁸ DROMI, José Roberto. 1992. *Óp. cit.*, N° 555.

Esto conlleva que un listado cerrado (*'numerus clausus'*) de bienes públicos es imposible de formular. Además, no existiendo restricciones epistémicas a lo que puede ser objeto del demanio, resulta insensato afirmar que existen bienes públicos por naturaleza.

Aun siendo ilimitados los bienes demaniales en lo epistémico, existen restricciones jurídicas, las que buscan dar coherencia respecto a los otros componentes del dominio público. A continuación, se expondrá sobre tales restricciones, atendiendo a las distintas clases de bienes públicos (materiales inmuebles y muebles, inmateriales y derechos, universalidades).

i) Bienes materiales inmuebles.

Sin perjuicio de lo dispuesto en cada ordenamiento jurídico, pueden ser inmuebles demaniales, por ejemplo, los caminos, carreteras, puentes, vías férreas, plazas, parques, puertos y aeropuertos. También las murallas, fortalezas y demás defensas territoriales. Será condición, sin embargo, que tales obras se hayan ejecutado o costeadado por el Estado o, a lo menos, efectuado con permiso de la autoridad¹⁹. Asimismo, pueden ser bienes demaniales, por ejemplo, los yacimientos mineros y las playas de mar.

“Tratándose de un inmueble dominical, no sólo integrará el dominio público su superficie, sino también el espacio aéreo que lo cubre y el subsuelo”²⁰. No se distinguen, en esto, de una heredad particular. En Chile, por ejemplo, el artículo 5, letra C, de la LOC de Municipalidades²¹ expresamente encomienda a esta entidad administrar los bienes nacionales de uso público ubicados en la comuna, incluido su subsuelo.

Los inmuebles demaniales comprenden el bien principal y sus accesorios. Los principios del Derecho privado, aplicables en esa materia, deben adaptarse a las

¹⁹ En Chile, por ejemplo, si esta situación no se cumple, tendrán lugar las reglas de accesión de mueble a inmueble, previstas en los artículos 668 y siguientes del Código Civil, para que el Estado incorpore al patrimonio fiscal o nacional la edificación.

²⁰ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1715.

²¹ Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

exigencias del Derecho administrativo. En ciertos casos, las cosas accesorias seguirán la condición jurídica del bien principal. Ocurre así, por ejemplo, con los árboles de una plaza y con la señalética de los caminos. Pero en otros casos, lo accesorio no es cosa pública. *“El bien accesorio sólo integra el dominio público cuando contribuye permanente, directa e inmediatamente, a que el bien dominial cumpla los fines que motivan su institución. Si el bien accesorio es imprescindible para que el bien público cumpla su destino, entonces dicho bien integra el dominio público”*²². Las yerbas que ordinariamente crecen al costado de los caminos, por ejemplo, no son bienes públicos, sino fiscales. En general, los frutos de los inmuebles demaniales son fiscales. La madera resultante de talarse árboles de un predio demanial y los dineros percibidos por un permiso de ocupación tienen esa calidad. Con todo, existen excepciones, como cuando cae un fruto de un árbol, hecha raíces y crece uno nuevo. Al contribuir con su adherencia al fin público del parque o plaza, se les comunica la calidad de bienes demaniales. Se sigue de lo afirmado que, en definitiva, la situación de los accesorios de un bien público es una cuestión de hecho.

En Chile, de acuerdo al artículo 589 del Código Civil, las *“calles, plazas, puentes y caminos”*, todos bienes inmuebles, son de dominio público. También lo son las playas de mar²³, según el mismo artículo 589 del Código Civil. Los monumentos serán públicos o bien fiscales, municipales o particulares de acuerdo a la naturaleza del inmueble al que adhieren. El artículo 17 de la Ley de Monumentos Nacionales²⁴ dispone en esta materia que son monumentos públicos *“las estatuas, columnas, fuentes, pirámides, placas, coronas, inscripciones y, en general, todos los objetos que*

²² DROMI, José Roberto. 1992. *Óp. cit.*, N° 555.

²³ El Código Civil se refiere únicamente a las playas de mar, no así a las de ríos y lagos. El Código de Aguas tampoco menciona estas últimas, pero sus artículos 30 y 35 se refieren, respectivamente, al álveo o cauce de los ríos y al lecho de los lagos. Los preceptos legales citados entienden que tales cauces o lechos comprenden el suelo que el agua periódicamente ocupa y desocupa, en sus crecidas ordinarias. Tal suelo es denominado *‘playa de río o lago’* por el artículo 1, N° 42, del D.S. N° 9 de 2018 de Defensa, Reglamento sobre Concesiones Marítimas. De acuerdo al artículo 30 del Código de Aguas, el cauce de los ríos (incluido lo llamado reglamentariamente como playa del mismo) es de dominio público, *“pero los propietarios riberaños podrán aprovechar y cultivar la superficie de ese suelo en las épocas en que no estuviere ocupado por las aguas”*. En cambio, el lecho de los lagos sólo es de dominio público, incluida la playa de este de acuerdo a la noción reglamentaria ya apuntada, si es navegable por buques de más de 100 toneladas. En caso contrario es de propiedad privada, correspondiendo ella a los dueños de las heredades riberañas. Finalmente, el D.L. N° 609 de 1978 de Tierras y Colonización, hoy Bienes Nacionales, fija el procedimiento para deslindar los ríos y lagos públicos.

²⁴ Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales.

estuvieren colocados o se colocaren para perpetua memoria en campos, calles, plazas y paseos o lugares públicos". Finalmente, para concluir los ejemplos en esta materia, las minas e hidrocarburos (artículo 19, número 24, de la Constitución Política de la República) son bienes nacionales. También lo es la energía geotérmica (artículo 4 de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica²⁵).

ii) Bienes materiales muebles.

La doctrina discutió arduamente si los muebles podían componer objetivamente el demanio. Hoy, sin embargo, prima la conclusión de Miguel Marienhoff:

*"No existe principio jurídico alguno que impida incluir en el dominio público a las cosas muebles"*²⁶.

Para considerarlos aptos al uso público, se exige que los muebles presenten dos cualidades: ser permanentes e irremplazables. *"Por tal motivo, las cosas consumibles y las fungibles no integran el dominio público"*²⁷. Aunque estas categorías, como se verá, son relativas y circunstanciales. Los escritorios, sillas, lápices, lapiceras y demás elementos de una oficina, por ejemplo, no integran normalmente el demanio. Se trata de bienes fácilmente reemplazables (fungibles) o que se destruyen con su uso (consumibles). Pero si esos muebles son piezas únicas o especiales, son aptas para integrarse al dominio público. Así podría determinarse respecto del mobiliario de un palacio gubernamental o de las oficinas ministeriales.

Los semovientes, finalmente, se consideran aptos para ser bienes demaniales al integrarse a una universalidad creada en utilidad pública, como un parque nacional.

En Chile, el ejemplo paradigmático de bien mueble perteneciente al dominio público es el agua (artículo 5 del Código de Aguas). Sin embargo, un asunto interesante relativo a la demanialidad de los bienes muebles es planteado por Antonio Vodanovic

²⁵ Ley N° 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmica.

²⁶ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1716

²⁷ DROMI, José Roberto. 1992. *Óp. cit.*, N° 555.

Haklicka en su *Manual de Derecho Civil*. Las obras de arte donadas al 'pueblo de Chile', ¿son fiscales o nacionales? La respuesta del profesor, con la cual coincido, es:

“Si se dona una escultura o una pintura famosa "al pueblo de Chile" es para que puedan disfrutarlas todos los que forman parte de ese pueblo; si se le da carácter fiscal a las obras de arte donadas a la nación toda se priva a la generalidad de sus habitantes de la posibilidad de disfrutar de esas cosas. Con este criterio puede llegarse al extremo de destinar una obra de arte al adorno de la oficina de un funcionario público para su goce egoísta y el de sus eventuales visitantes [...] En consecuencia, ha de concluirse que las obras de arte donadas "al pueblo de Chile" y cualesquiera que pertenezcan a la nación toda deben calificarse como bienes nacionales de uso público. Por tanto, corresponde destinarlas a un recinto que, como el Palacio de Bellas Artes, esté abierto al público en general para que todos tengan la posibilidad de disfrutarlas o, lo que es lo mismo, según el Diccionario, usarlas”²⁸.

Esta conclusión es perfectamente extensible, por ejemplo, a las obras de artes existentes en museos públicos o a los libros de las bibliotecas públicas, siempre que conserven su destino de disponerse para la generalidad de los habitantes.

iii) Peculiaridades del dinero.

De acuerdo a lo señalado, el dinero no es apto para ser un bien nacional, pues no es permanente ni irremplazable. No obstante, conviene reproducir el siguiente análisis hecho por Miguel Marienhoff en la materia, quién distingue la prerrogativa estatal de la materialización dineraria de la misma:

“En ninguno de esos supuestos las "rentas públicas" revisten calidad dominial. Tratándose de "rentas públicas", como prerrogativa estatal, no constituyen un "bien", sino una simple "potestas", que puede o no ser

²⁸ VODANOVIC Haklicka, Antonio. 2001. *Manual de Derecho Civil*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., pág. 373-374.

*ejercida; si la renta se hubiere materializado en dinero, es de recordar que éste no puede revestir calidad dominial, por tratarse de una cosa fungible*²⁹.

En este planteamiento interesa la distinción con el Derecho Privado, en que una posición jurídica puede ser objeto de propiedad. En cambio, las posiciones jurídicas del Derecho público (potestades), no son apropiables, ni siquiera cuando la prestación que permita exigir sea dineraria. Esto pone de relieve que, por ejemplo, expresiones tales como '*ocupar un cargo en propiedad*' son un resabio histórico de la confusión entre el Derecho público y privado. Asimismo, entender las potestades administrativas del dominio público como asimilables a facultades dominicales no es más que un camino en que se confunde propiedad pública y civil.

iv) Bienes inmateriales y derechos.

Son bienes inmateriales las cosas que, siendo aprovechables, no ocupan un espacio ni son perceptibles por sentidos. Se trata, por tanto, de objetos existentes sólo intelectualmente.

Se ha dado tal calificación al dominio aéreo³⁰. Cabe distinguir el espacio aéreo sobre los inmuebles (civiles o públicos) y el espacio aéreo existente en el territorio del Estado, el que constituye estrictamente el dominio aéreo. La extensión de ambos, en altura, es distinta. El espacio aéreo de los inmuebles es una cuestión de ordenamiento interno. El Derecho civil determina que esta extensión abarca todo el espacio útil, regla que puede extenderse a los inmuebles demaniales, aunque limitada a la función pública que los mismos deben servir. El dominio aéreo, en cambio, limita derechamente con el espacio exterior. Éste último, según el artículo segundo del Tratado del Espacio Exterior³¹, no es apropiable por ninguna nación ni persona. No existen, sin embargo,

²⁹ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1717

³⁰ Véase LEON Robayo, Edgar Iván. 2006. *La posesión de los bienes inmateriales*. En Revista de Derecho Privado, N° 36, Universidad de Los Andes, Bogotá, p. 77-116.

³¹ Este tratado, oficialmente denominado '*Convenio sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes*', fue ratificado por Chile el 8 de octubre del año 1981 y se promulgó con fecha 25 de enero del

acuerdos internacionales sobre la precisa extensión vertical del dominio aéreo o el inicio del espacio exterior. La Federación Aeronáutica Internacional (FAI) estima que la frontera (*'línea de Kármán'*) entre ambas se hallaría a 100 kilómetros desde la superficie³². A esa altura, la densidad atmosférica es tan baja que una aeronave no logra sostenerse. Mientras el espacio sobre la superficie del inmueble es un apéndice o accesorio, el espacio aéreo sobre el territorio estatal constituye el dominio aéreo. Discrepo, sin embargo, con su calificación de cosa inmaterial. El espacio atmosférico ocupa un sitio real y determinable, aunque la comunidad internacional no lo haya definido aún. Esto lo concluyo de la situación de las aeronaves, ya descrita, pues permite percibir indirectamente que ese espacio tiene un contenido.

Las energías también han sido catalogadas de bienes inmateriales³³. Sostengo, sin embargo, que esa conclusión no es absoluta. La energía hidráulica, por ejemplo, es el resultado del declive del lecho y la fuerza del caudal de agua. Esa energía es perceptible por sentidos, como cuando una persona cae en un río torrentoso. Pero no ocupa físicamente un espacio independiente y separado del caudal y su lecho, por ello es una cosa inmaterial y, además, accesoria al agua. En Chile, ello justifica que las instalaciones de energía hidráulica, por ejemplo, requieran contar con concesión estatal de acuerdo a los artículos 19 y siguientes de la Ley General de Servicios Eléctricos³⁴. Otro caso es la energía geotérmica, que es la obtenida de aprovechar el calor interior de la Tierra, siendo aplicable a esta situación lo dicho a propósito de la energía hidráulica. Por este motivo, la energía geotérmica resulta un apéndice o accesorio del bien principal inmueble en que se presenta. Esto explica por qué, a propósito de los inmuebles, se habló de la *publicatio* existente en Chile para la energía geotérmica. Una situación distinta a las ya expuestas es el espectro o energía radioeléctrica. Las frecuencias se propagan a través del dominio aéreo y aún por el espacio exterior (cómo las comunicaciones satelitales). Sin embargo, son independientes y separables de estos medios en lo físico. Ocupan un espacio propio,

año 1982 mediante D.S. N° 77 de 1982 de Relaciones Exteriores, publicándose en el Diario Oficial de fecha 26 de marzo de 1982.

³² www.fai.org/

³³ Véase LEON Robayo, Edgar Iván. 2006. *Óp. cit.*, pág. 77-116.

³⁴ El D.F.L. N° 4 de 2007, fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 1 de 1982 de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos.

como cuando al emitirse dos frecuencias en la misma onda se destruyen por interferencia. Los medios de comunicación, cómo televisores, teléfonos y computadores, permiten percibir sensorialmente, de manera indirecta, la energía radioeléctrica. Se trata, por tanto, de un bien material y no de uno inmaterial.

Los derechos, *prima facie*, podrían catalogarse de bienes inmateriales. Son aprovechables –por ejemplo, ceder un crédito- y no ocupan un espacio físico ni son perceptibles por sentidos. Sin embargo, no son un concepto epistémico, sino jurídico. Una vivienda, el honor o las energías existen independientes del significado que el sistema jurídico les atribuya. Un derecho, en cambio, sólo existe ‘*dentro*’ del sistema jurídico, por lo que estimo que constituyen una categoría especial. De ellos, solo las posiciones jurídicas originadas en el Derecho Privado pueden ser aptas para ser objeto de dominio público. Las posiciones jurídicas públicas (potestades) no, como ya se apuntó al tratar sobre las peculiaridades del dinero.

En materia de derechos, puede mencionarse la propiedad intelectual, en que extinta la protección del autor o sus causahabientes, pasan al dominio público. Igual cosa ocurre con las servidumbres de uso o interés público, como la del artículo 839 del Código Civil. La inclusión de las últimas ha causado, empero, cierta controversia. Se sostiene que, al ser *iura in re aliena*, son meras limitaciones al dominio privado. Ello es efectivo sólo tratándose del predio sirviente, ya que, respecto al predio dominante, una servidumbre actúa ampliando la posición de dueño, de manera que “*la servidumbre constituye un accesorio del bien dominial en cuyo beneficio se la ha constituido*”³⁵.

v) Universalidades públicas.

Una universalidad es “*un conjunto de bienes que, no obstante conservar su individualidad, forman un todo al estar unidos por un vínculo de igual destino*”³⁶. Puede integrarse con bienes de igual o distinto tipo, como un rebaño o un establecimiento comercial o industrial. Igualmente, puede comprender bienes materiales muebles e

³⁵ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1717.

³⁶ PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. 2007. *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág. 55.

inmuebles, inmateriales y derechos. En definitiva, las universalidades corresponden a una categoría epistémica distinta a los elementos individuales que la componen.

La demanialidad de una universalidad resulta de unirse los bienes que la integran por una utilidad o interés público. No sólo la universalidad pertenece al demanio, sino todos y cada uno de sus componentes. Así, por ejemplo, un ordenamiento podría determinar que una biblioteca, museo o archivo público forme parte del demanio, al igual que todos los libros, obras o documentos que existan en ellos. Otro caso son los parques nacionales, cuya conjunción de bienes será determinada por el ordenamiento jurídico en que se encuentren. Por ejemplo, pueden estar formados sólo por las superficies en que se emplazan y las especies vegetales que adhieren a ella. Pero también por las especies animales que habitan allí y que son objeto de conservación e, incluso, las aguas que están dentro de sus límites y que sirven a su destino medioambiental³⁷.

a.2. Elemento subjetivo.

Para las concepciones que consideran al demanio como una cuestión de propiedad, los bienes públicos no son *res nullius*, pues son objeto de esta posición jurídica y, por tanto, tienen un titular. En cambio, para quienes estiman que el dominio público es un asunto de funciones administrativas, la calificación de *res nullius* es correcta. Para ellos, las cosas públicas no tienen un dueño, pues no son objeto de facultades dominicales, sino que de potestades públicas. Esta conclusión la obtienen a partir de considerar, a diferencia de la primera concepción anotada, que la naturaleza de los poderes estatales sobre los bienes públicos es radicalmente distinta a la del dueño con la cosa objeto de su dominio.

³⁷ Es interesante mencionar que la jurisprudencia actual en Chile no admite la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas respecto de cauces que atraviesan áreas silvestres protegidas. Por ejemplo, en causa rol 794-2011, dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, se resolvió: “Las atribuciones de la Dirección General de Aguas para conceder derechos de aprovechamiento reconocen como limitación las áreas silvestres protegidas por las leyes de la República, cuya administración la misma ley entrega a la Corporación Nacional Forestal, y en consecuencia, no puede aquélla conceder tales derechos de aprovechamiento por cuanto le está vedado por las normas anteriormente citadas [entre otras, por la Convención para la protección de la fauna, la flora y las riquezas naturales de América, denominada Convención de Washington]”.

Estimo que el titular de un bien es, como ya se señaló, quién lo aprovecha, de manera que las cosas públicas no son *res nullius*. Si bien el dominio público es un asunto de funciones estatales, esto solo entra en juego cuando el disfrute del bien ha sido asignado, lo que es una cuestión dominical. Quienes sostienen, por tanto, que los bienes nacionales son una *res nullius* para explicar su peculiar condición, solo opacan la cuestión asignativa previa que la *publicatio* resuelve.

Tratándose del dominio público, la identidad del titular pasa por el fin de utilidad pública que cumple. La doctrina excluye conteste a los administrados:

“En primer lugar, porque la satisfacción de las necesidades públicas, a que esencialmente háyanse destinadas las cosas dominicales, es hoy una típica función estatal, y de ningún modo actividad a cargo de los particulares. En segundo lugar, porque [...] el principio de igualdad y su correlativo de la centralización de prerrogativas y funciones públicas en el poder impone la pertenencia exclusiva y necesaria a la Administración de este tipo de titularidades”³⁸.

En consecuencia, las alternativas existentes son la Nación, el Pueblo y el Estado, no encontrando la doctrina, aún hoy, armonía en la materia. En Chile, esa discusión es baladí al afirmar categórico el artículo 19 número 23 de la Constitución Política de la República que pertenecen “a la Nación toda”. Pero aun faltando la mencionada disposición constitucional, sostengo que mal podría ser titular del bien el Estado. En primer lugar, porque el titular del bien es a quién se atribuyó su aprovechamiento, ergo, a la comunidad. En cambio, si el Estado fuere titular del bien, el disfrute que la comunidad haga del mismo sería de tipo especial y no principal. En segundo lugar, porque el Estado existe para gestionar intereses ajenos (de la Nación) y, en consecuencia, toda atribución que se le haga es instrumental, sea pública o fiscal, por lo que ninguna distinción de naturaleza existe entre las dos clases de bienes. En ambas situaciones se trata de propiedad, la que consiste en el aprovechamiento de la cosa por la persona a quién se asignó su titularidad. Sin embargo, tal asignación no prejuzga sobre las herramientas que el ordenamiento entregará para disfrutar el bien,

³⁸ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1701.

las que pueden ser facultades dominicales (propiedad civil) o potestades administrativas (propiedad pública). Nótese que aun cuando al Estado se comporta como propietario privado, existe una potestad pública involucrada, que es aquella concedida por el sistema a él para invocar este régimen en su actuación. Esto significa que la comunidad se beneficiaría tanto de los bienes fiscales como de los públicos sólo por intermedio del Estado y la forma en que esto se realice determinará su régimen jurídico y, por tanto, la calificación de la especie de dominio estatal. Estimo que esta es la correcta diferencia entre el dominio público y el patrimonio fiscal.

Conviene dejar claramente establecido que los usos privativos no son en el dominio público una forma de asignación de la cosa. Esto se debe a que el titular del bien es quién tiene el poder de concretar su aprovechamiento, siendo éste la Nación. Ella lo ejercerá por intermedio del Legislador, quién es su representante natural, y sin perjuicio de la indeterminación o discrecionalidad que él podría dar a la Administración en esta materia. Los usos privativos, en cambio, habilitan al individuo para ejercer, con exclusión de otros, no el aprovechamiento que el arbitrariamente quiera, sino el concreto disfrute para el que lo habilite el título legal o administrativo. Al respecto afirma la doctrina:

“La propiedad sobre el dominio público tiene, pues, un contenido diferente a la propiedad del Derecho privado. En ésta, el titular -por el hecho de serlo- puede utilizar la cosa en cualquier forma; en cambio, el titular del dominio público -el pueblo- sólo puede utilizarlo conforme a los principios recibidos por el Derecho Administrativo”³⁹.

Distinto al disfrute de un bien es la función social que este debe cumplir. El artículo 19 número 24 de la Constitución Política de la República señala que ella “*comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental*”. De manera que un bien deberá ser aprovechado por su titular, pero sin perjudicar en ello a la comunidad a la que pertenece tal persona. El titular del bien es quien, en general, también está obligado a darle cumplimiento a tal función, pero tratándose del demanio, sin embargo,

³⁹ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1705.

la cuestión es peculiar. Si el concepto de función social se estima procedente a su respecto, resulta que la comunidad debe impedir perjudicarse a sí misma en el disfrute de estos bienes públicos. Ello resulta lógico si se tiene en cuenta la siguiente explicación. Las limitaciones y cargas que esta función impone las soporta la Nación, como titular del bien, pero el deber de dar cumplimiento a ellas corresponde al Estado, como gestor de los intereses nacionales. Este se encuentra dotado de poderes de policía para tutelar que los bienes demaniales sirvan a su función y, en ello, enfrentará colisiones de este interés con otros fines que el Estado debe perseguir. Esto quiere decir que la comunidad se impone a sí misma la función social del demanio, como forma de obligar al ente a cargo del mismo a coordinar los distintos intereses públicos que pueden colisionar en su labor. Por ejemplo, las Municipalidades deben admitir usos particulares sobre las calles a su cargo para instalar postaciones del servicio público eléctrico. Esto quiere decir que la comunidad se limita a sí misma, en el tránsito público, para disfrutar también de otra utilidad general, intereses que en su actuación el ente a cargo de tal calle debe concordar.

La policía sobre bienes públicos puede asignarse a cualquier persona administrativa, tales son, por ejemplo, el Fisco, las entidades regionales, provinciales y locales, los organismos autónomos y los establecimientos públicos. Basta que sea un órgano del Estado porque “ellos se benefician de todas las implicancias de la personalidad jurídica de Derecho público”⁴⁰. En Chile, al Presidente de la República compete el “gobierno y administración del Estado...[y] su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior” (artículo 24 de la Constitución Política de la República). En consecuencia, la policía sobre los bienes demaniales compete, *prima facie*, al Presidente de la República, pero la ley entrega su gestión a órganos estatales determinados, colaboradores de aquel. Pueden señalarse los siguientes ejemplos. Los caminos públicos están a cargo de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas (artículo 18 de la Ley de Caminos Públicos⁴¹). La costa, el mar

⁴⁰ BON, Pierre. 1998. *El dominio público ante el derecho administrativo francés*. Revista Chilena De Derecho. Número 25, Vol. 2, pág. 310.

⁴¹ El D.F.L. N° 850 de 1998 de Obras Públicas fijó el texto coordinado, refundido y sistematizado de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas (Ley N1 15.840) y de la Ley de Caminos Públicos (D.F.L. N° 206 de 1960 de Obras Públicas).

territorial, los ríos y lagos navegables por buques de más de 100 toneladas son responsabilidad de la Subsecretaría de Marina del Ministerio de Defensa (artículo 1 de la Ley de Concesiones Marítimas⁴²). El espacio aéreo compete a la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) dependiente de la Comandancia en Jefe de la Fuerza Aérea de Chile (artículo 3 de la Ley Orgánica de la DGAC⁴³). El espectro radioeléctrico es custodiado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (artículo 6 de la Ley General de Telecomunicaciones⁴⁴). En subsidio de cualquier otro organismo, el artículo 5, letra C, de la LOC de Municipalidades⁴⁵, señala que corresponde esa entidad edilicia “*administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna*”. A partir de ello, por ejemplo, Cordero distingue bienes públicos locales y sectoriales⁴⁶.

Una situación peculiar es la del concesionario de un servicio público, respecto de quién se requiere considerar dos hipótesis en relación a los bienes nacionales. Cabe advertir que, en todas ellas, el concesionario no detenta una policía administrativa sobre bienes demaniales, ni puede disponer de ellos. La primera hipótesis consiste en que el ente público admite que el concesionario use el demanio a su cargo, como cuando la Dirección de Vialidad permite instalar una antena de telecomunicaciones en una faja de camino público. La segunda hipótesis dice relación con exigirse al concesionario adquirir ciertos bienes, como ocurre al imponerse al proveedor de agua potable y alcantarillado ejecutar las obras necesarias para prestar tales servicios. Las señaladas obras serán parte de su patrimonio y sólo integrarán el dominio estatal, sea público o fiscal, en la forma que se halla convenido. Una de ellas es su integración inmediata, conservando el concesionario sólo la gestión de la obra pública y los derechos a obtener el pago de su ejecución. Otra forma es la recuperación, que permite al concedente adquirir esos bienes, a su solicitud e indemnizando al concesionario. Es

⁴² D.F.L. N° 340 de 1960 de Hacienda, Ley de Concesiones Marítimas

⁴³ Ley N° 16.752 que fija organización y funciones y establece disposiciones generales de la Dirección General de Aeronáutica Civil.

⁴⁴ Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones.

⁴⁵ Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

⁴⁶ En CORDERO Quinzacara, Eduardo. 2007. *El derecho urbanístico: los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 29, pág. 269-298.

también posible que el ordenamiento jurídico no admita que el Estado asuma el servicio. En este caso dispondrá que, vez terminada la concesión, ella y los bienes que le estaban afectos sean enajenados, por ejemplo, en remate o licitación, determinándose así el sucesor concesionario. Finalmente, otra alternativa es el reintegro: los bienes adquiridos integrarán el patrimonio público o fiscal, gratuita y automáticamente, al expirar la concesión. La doctrina francesa ideó la siguiente fórmula para tutelar estos reintegros:

“Ficticiamente considerados desde el origen de propiedad de la persona pública, ellos pueden formar parte del dominio público”⁴⁷.

Las consecuencias de esta doctrina francesa son las siguientes. Al estimarse que la obra pública ejecutada por el concesionario integra ficticiamente el dominio público, estará protegida por el régimen demanial. Así, por ejemplo, un particular no podría prescribir a su favor parte de la superficie en que se emplaza tal obra pública, sustrayéndola de su destinación a la concesión de servicio público.

a.3. Elemento finalista.

Una posición dominical (sujeto, objeto y contenido ordenados por una norma) existe con un fin público. Esa cualidad no es exclusiva del demanio, sino del Derecho en general, pues los conceptos jurídicos son formas que sirven a un fin. Sin embargo, los fines de la posición dominical son aún controvertidos.

Cabe advertir que el sistema jurídico chileno es anticuado en la materia. Del artículo 19 número 23 de la Constitución Política de la República simplemente se concluye que los bienes públicos son los que pertenecen a la Nación toda. Ninguna referencia se hace este precepto constitucional al fin que se destinen. El artículo 589 del Código Civil, por su parte, simplemente habla de los bienes nacionales *“cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas”*. La disposición resulta ser, *prima facie*, excesivamente estricta. Un bien público es aquel que los particulares usan directamente ellos mismos,

⁴⁷ BON, Pierre. *Óp. cit.*, pág. 311.

pero si lo usan indirectamente, como ocurre con ocasión de un servicio, no serían públicos. Así lo ha entendido la Corte Suprema, por ejemplo, afirmando lo que sigue:

“Los ferrocarriles construidos o adquiridos con fondos nacionales son bienes fiscales o del Estado que forman parte de su patrimonio”⁴⁸.

En la doctrina chilena, por ejemplo, Cordero sostiene idéntica tesis:

“En el Derecho chileno, sólo tienen la calidad de bienes públicos aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la Nación...En Chile no son bienes públicos los puertos ni los aeropuertos. Esto se debe a que el criterio determinante para hacer esta calificación lo constituye el uso común y general de los mismos, condición que no cumplen ambos tipos de infraestructura, porque respecto de ellas cobra mayor importancia el servicio público al cual dan soporte material. De forma que, tanto los puertos como los aeropuertos son bienes fiscales o patrimoniales del Estado”⁴⁹.

Sin embargo, estimo debe considerarse en Chile la existencia de bienes nacionales, pero cuyo uso no está entregado a todos. Así ocurre, por ejemplo, con las minas, cuyo dominio inalienable e imprescriptible pertenece al Estado⁵⁰, efectos que son propios del régimen de dominio público. La energía geotérmica⁵¹ se encuentra en igual situación, mientras que el agua⁵² en una posición mixta. Tan importante es el uso común de ésta última (por ejemplo, navegación), como el uso privativo a través de derechos de aprovechamiento de aguas (como lo es el consumo para subsistencia).

Ocurre que el régimen del dominio público, ideado originalmente para asegurar el uso directo de la cosa por todos, extendido al uso indirecto por medio del servicio público prestado igualmente a todos, ha alcanzado finalmente más metas. En los casos de las minas, la energía geotérmica y el agua, ya descritos, el régimen de dominio público persigue sustraer al bien del comercio privado y entregarlo, no a los fines de uso o

⁴⁸ C. Suprema, 2 septiembre 1940, *Gaceta Jurídica*, 2º sem., N° 46, p. 239.

⁴⁹ CORDERO Quinzacara, Eduardo. 2007. *Óp. cit.*, pág. 275.

⁵⁰ Véase el artículo 19, número 24, de la Constitución Política de la República.

⁵¹ Véase el artículo 5 del Código de Aguas.

⁵² Véase el artículo 4 de la Ley N° 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmica.

servicio, sino al tráfico administrativo. El fundamento de ello es que esa técnica logra un disfrute más óptimo del bien, lo que resulta en un mayor bienestar de la sociedad. De este hecho concluyo que en Chile los bienes públicos no están restringidos al uso directo, siendo el artículo 589 del Código Civil sólo un anacronismo y cuya utilidad actual es meramente definir una especie dentro de los bienes demaniales, la que por ello constituye una categoría más amplia.

Estimo que estas conclusiones pueden emplearse en cualquier sistema jurídico, pues la aplicación del régimen demanial es algo que la ley decide cuando lo estima racional, adecuado, necesario y proporcional al fin que persigue. En consecuencia, no existe sólo un uso directo, ni indirecto a través del servicio, sino también de fomento o empresa. En el primero, el fin primordial del Estado es otorgar títulos que habiliten al particular para explotar la cosa pública, labor que es obligatoria para este y, por tanto, redundante en una mayor riqueza nacional. El segundo, en cambio, se da en aquella situación en que el Estado reserva exclusivamente para sí la explotación de un insumo esencial, con igual fin de obtener mayor fortuna para el país. Ambas fórmulas coinciden en que la Nación no quiere conservar inalterada la cosa, ni que los particulares decidan libremente cuando explotarlas, sino que incentivar su industria y, con ello, incrementar las arcas fiscales, lo que servirá, por ejemplo, a las prestaciones sociales que la comunidad reciba para mejorar su calidad de vida. La técnica demanial es, en estos campos de fomento y empresa, una técnica alternativa a las tradicionales consistentes, por ejemplo, en subsidios o franquicias. La peculiaridad del dominio público en esas actividades es que la intensidad de la intervención administrativa se extrema al máximo nivel, no orientando ni participando, sino controlando y dirigiendo la explotación de insumos esenciales para la economía del país.

Para finalizar y sin perjuicio de la opinión antes formulada, se tratarán a continuación ciertos aspectos que la doctrina comparada considera relevantes sobre el uso directo e indirecto de los bienes públicos. Ello se debe a que son las destinaciones demaniales que esta tradicionalmente reconoce. Además, con ello se logrará una adecuada visión sobre el estado actual del elemento finalista del dominio público en la dogmática.

i) El uso directo.

Los habitantes deben usar ellos mismos el bien, directa e inmediatamente, como ocurre con las plazas, caminos y puentes. Sin embargo, para la doctrina francesa, el uso directo no siempre es condición suficiente para que un bien sea tenido por dominical. Ocasionalmente, el Consejo de Estado de ese país ha exigido un acondicionamiento especial al bien. Podría interpretarse que no basta destinar el bien a un fin público, sino que debe efectivamente poder cumplir con él. Pierre Bon relata al respecto:

“A partir de 1960, en razón de la evolución de las mentalidades, que va a ver una actividad de interés general en el hecho de poner a disposición de la población urbana lugares de recreación, se considera que ellos [los paseos públicos] pueden formar parte del dominio público, pero a condición que hayan sido objeto de un acondicionamiento especial, consistente por ejemplo en la instalación de bancos, quioscos, juegos, etcétera”⁵³.

ii) El uso indirecto.

Los habitantes, en este caso, usarán el bien indirectamente, con ocasión del servicio público. Serán parte del dominio público los bienes objeto del servicio y los que sean el medio indispensable por el que éste se presta a los habitantes. En los casos que el ordenamiento lo disponga, serán ejemplo del primer caso una colección de libros respecto a una biblioteca y, del segundo, los rieles y vagones del servicio ferroviario.

Para la doctrina argentina se excluyen, sin embargo, los bienes instrumentales⁵⁴. Son tales los que no son el preciso objeto que se presta ni el medio indispensable para ello, sino meros complementos para la marcha del servicio. Son tales, por ejemplo, el casino y baños destinados al personal que trabaja en el servicio. La doctrina y jurisprudencia francesa, en cambio, ha considerado que estos son bienes demaniales por accesoriadad⁵⁵. El *arrêt Lafon* (1967), por ejemplo, concluye que los locales

⁵³ BON, Pierre. *Óp. cit.*, pág. 312.

⁵⁴ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1729

⁵⁵ BON, Pierre. *Óp. cit.*, pág. 315.

arrendados a comerciantes e industriales en estaciones ferroviarias o en sus dependencias inmediatas son demaniales.

Otra crucial diferencia entre la doctrina argentina y francesa es la naturaleza que debe tener el servicio. Marienhoff, por ejemplo, excluye los bienes de establecimientos comerciales e industriales del Estado⁵⁶. Pierre Bon, en cambio, afirma lo contrario.

“Desde el momento en que el bien está afectado a un servicio público y cualquiera sea el carácter de este último, es susceptible de formar parte del dominio público”⁵⁷.

Cómo dicha postura francesa amplía excesivamente el campo de los bienes públicos, se han planteado correctivos. Un primer criterio es adaptar la naturaleza del bien al servicio. Si éste resulta esencial para su marcha constituirá dominio público y, si no es así, será un bien patrimonial. Este criterio fue planteado por el *arrêt Société Le Béton* (1956) y, luego de su formulación, ha sido poco empleado. Un segundo criterio consiste en exigir un acondicionamiento especial del bien con fines del servicio. Planteado también a propósito del *arrêt Société Le Béton* (1956), su uso se extendió a partir de los *arrêts Dauphin* (1959) y *Berthier* (1960). Un estado municipal, por ejemplo, se ha tenido por bien demanial, pues se argumentó que era un acondicionamiento especial (construido por la ciudad) para los fines del servicio deportivo (*arrêt Ville du Toulouse* de 1961).

a.4. Elemento normativo: propuesta de distinción entre elemento normativo-asignativo y elemento normativo-funcional.

No existen, como se ha afirmado, bienes públicos por naturaleza, de manera que una norma jurídica será quién disponga su existencia. Este elemento es llamado normativo y Marienhoff lo define en los siguientes términos:

“Para determinar el concepto de dominio público, debe concurrir -además de los otros elementos- la nota jurídica de sometimiento de los bienes a un

⁵⁶ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1729

⁵⁷ BON, Pierre. *Óp. cit.*, pág. 313.

*régimen de derecho público, condición sine qua non de la dominialidad. Pero ese sometimiento a un régimen de derecho público sólo puede resultar de una disposición de la autoridad competente, que en nuestro derecho no es otra que la autoridad legislativa nacional: el Congreso*⁵⁸.

Esta cita permite obtener dos conclusiones. Por un lado, que el régimen demanial no causa la pertenencia de un bien al dominio público, sino que es consecuencia o efecto de ella. Por otro, que el contenido de la *publicatio* (elemento normativo) es habilitar el funcionamiento del régimen demanial respecto de un bien que está en poder del Estado con un fin público. Estimo que la segunda conclusión apuntada no es suficientemente precisa, pues no da cuenta de todas las cuestiones que la *publicatio* resuelve. Otra cita del mismo Marienhoff ayuda a comprender mejor esta afirmación que realizo:

*“Establecer qué bienes son públicos y cuáles son privados traduce una cuestión de índole ‘civil’. Pero una vez establecido cuáles son los bienes que integran el dominio público, va de suyo que éste constituye una institución de derecho público y, más precisamente, de Derecho Administrativo*⁵⁹.

Esto significa que el elemento normativo resuelve dos materias a propósito del dominio público, las que deben ser separadas. Llamo a la primera ‘*cuestión de asignación*’ y la decisión que la *publicatio* toma es el ‘*elemento normativo-asignativo*’ del demanio. La segunda propongo normarla como ‘*cuestión de funciones públicas*’ y la resolución de la *publicatio* en esta materia es el ‘*elemento normativo-funcional*’ del mismo. La utilidad de la distinción propuesta es destacar que el dominio público es tanto un asunto de propiedad como de funciones públicas. A la vez, pone de relieve la dualidad de roles que estimo cumple el régimen demanial. Por un lado, la unicidad de este régimen en cuando a la asignación de la cosa a la Nación y el aseguramiento de esta decisión mediante la intransferibilidad y sus efectos. Por otro, la pluralidad del mismo régimen respecto al disfrute de la cosa, que es funcional al concretado fin público que se persiga

⁵⁸ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1725.

⁵⁹ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1727.

al incorporar tal cosa al dominio público. Ninguna de las decisiones de la *publicatio* en estas materias es el régimen demanial propiamente tal, sino la orden de acudir a él para regir un bien.

En primer lugar, la '*cuestión de asignación*' consistente en quién podrá apropiarse de la cosa y, con ello, hacerse titular de la misma (propietario). Esta interrogante sólo surge a propósito de las cosas apropiables, entendiendo por tal aquellas en que es posible excluir a otros del beneficio que reportan. Si ello no es posible, se trata de cosas comunes, las que se diferencian de las cosas públicas en que no existe una cuestión de asignación involucrada, sino sólo de función pública a su respecto. Las cosas apropiables pueden serlo por particulares o el Estado (cosas privadas y fiscales) o sólo por este último (cosas públicas). La apropiación conduce a la titularidad de la cosa, siendo tal quién tiene el poder de decidir qué provecho se obtendrá de ella. El tráfico (adquisición y disfrute) de las cosas apropiables será normalmente el previsto por el Derecho civil. Sin embargo, cuando la ley misma decide el fin que tendrá la cosa, quién la dictó se la apropia y se hace titular de ella. Los bienes públicos no son, por tanto, '*res nullius*' sino cosas apropiadas, pues ya se ha decidido por su titular el aprovechamiento que tendrán. Una vez declara la apropiación nacional de la cosa pública, es necesario resguardar esta decisión sustrayendo estos bienes del tráfico privado. Ello se logra convocando el contenido asignativo del régimen demanial, por el cual la cosa pública es intransferible y, por tanto, inalienable, imprescriptible e inembargable. Nótese que este contenido no prejuzga sobre el aspecto funcional del régimen, siendo este el que otorga potestades administrativas para disfrutar de la cosa y, de esta manera, realizar el fin de la *publicatio*. Tal aspecto funcional del régimen podrá ser distinto según el disfrute de la cosa sea el uso directo, su adscripción a un servicio público o procurar la explotación de tal insumo esencial, otorgando títulos de uso privativo o reservando su industria exclusivamente al Estado. En todas estas situaciones, el régimen demanial es funcionalmente diverso, pero único en su cometido asignativo de sustraer la cosa del tráfico privado, reservándola a la Nación. Este aspecto de la *publicatio* es lo que llamo '*elemento normativo-asignativo*' del dominio público.

En segundo lugar, la '*cuestión de función pública*' es la pregunta por la técnica administrativa que se usará para obtener el provecho que una cosa reporta. Esta materia no surge a propósito del particular, quién no está forzado a obtener un determinado provecho de una cosa, ni a destinar tal producto a un fin específico. Por ello sólo cuenta con facultades para realizar su voluntad, con mayores o menores restricciones para no perjudicar a la comunidad de la que forma parte. En cambio, cuando el Estado es quién debe obtener ese provecho, no puede hacerlo en cualquier forma ni darle libremente un destino. Este actúa mediante potestades públicas para cumplir fines que le es imperioso perseguir. En lo que respecta a los bienes fiscales, el Fisco obra como propietario civil no porque sea el régimen natural de ellos, sino por disponerlos así la ley⁶⁰. Esto quiere decir que aún en el patrimonio fiscal se ejercen potestades públicas, que son las que permiten al ente a cargo transitar desde el Derecho público (propio del Estado) al Derecho civil. En los bienes públicos, en cambio, la ley impide tal tránsito y ello hace necesario contar con una técnica propia del Derecho administrativo para los bienes. En esta no existen facultades dominicales -que son paradigmáticas del Derecho civil- mediadas por una potestad que habilita recurrir a ellas, sino meramente potestades, que es el instrumento propio del Derecho administrativo. Esta decisión de la *publicatio* es el '*elemento normativo-funcional*' del dominio público.

Las interrogantes descritas que la *publicatio* resuelve están referidas a un bien, el fin que cumple y el órgano público que lo gestionará. Sin embargo, no es necesario que la *publicatio* se pronuncie sobre todos estos elementos, siempre que los faltantes puedan deducirse de otros aspectos de ella o del restante sistema jurídico. El contenido mínimo de la *publicatio* será, por tanto, la cosa objeto del dominio público.

Esta determinación del bien podrá ser hecha mediante una indicación específica, pero nada impide que sea demanializada toda una clase o bloque de bienes. Sin embargo, semejante medida puede comprometer al Estado, ya como expropiación *ope legis* o por responsabilidad del hecho legislativo, siempre que la reserva demanial se extienda a cosas ya apropiadas por particulares.

⁶⁰ Véase por ejemplo el art. 26 del D.L. N° 1.939 de 1977.

Tampoco se requiere que la atribución del bien al dominio público sea expresa; basta que se sujete este, indudablemente, al régimen demanial. No se trata de exigir, sacramentalmente, que la norma exprese que un bien es inalienable, imprescriptible e inembargable y que su disfrute se regirá por el Derecho administrativo. Muchas veces, en verdad, sólo se cuenta con dos señales. Por un lado, el sujeto que será titular de la función pública y el contenido de esos poderes. Por otro, los privados requerirán un título sobre el bien para aprovecharlo. No se trata de meras limitaciones o requisitos para adquirir un bien, ni de un título para desarrollar una actividad. En definitiva, el bien es publicado al ser sustituida derechamente su tráfico privado por el administrativo.

Las observaciones casuísticas hechas son coincidentes con la sistematización doctrinaria:

“Los bienes del dominio público aparecen o pueden ser determinados en tres formas distintas: 1º) mediante indicación nominal o específica de los mismos; 2º) mediante indicación genérica de ellos; 3º) a falta de ley específica o genérica, recurriendo a la interpretación jurídica, o sea, a la analogía y a los principios generales del Derecho”⁶¹.

Compete al Legislador decidir cuando el interés común demanda que un bien pertenezca al dominio público. En Chile, por ejemplo, así se prevé expresamente en el artículo 19 número 23 de la Constitución Política de la República.

El acto administrativo de afectación, en cambio, no determina lo que es privado o público y, en este último caso, cuál es su cometido. Con esta medida, la Administración simplemente destina un bien a un fin público predefinido por la ley, por lo que tal acto administrativo resulta solo una aplicación de la ley de publicación.

El artículo 589 del Código Civil y el artículo 3 del Código de Aguas son ejemplos de asignaciones nominales al dominio público. Esas disposiciones legales no requieren señalar que la propiedad del Estado sobre las aguas, marítimas y territoriales, es intransferible, inembargable e imprescriptible. Se trata de efectos que son consecuencia de la declaración de bienes nacionales hechas por esas normas

⁶¹ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1729.

jurídicas. Los particulares sólo podrán obtener usos privativos sobre ellas por títulos administrativos (como el derecho de aprovechamiento o la concesión marítima).

El dominio público intelectual es un caso de adscripción genérica al demanio hecha por el Legislador. Especies tan distintas como libros, canciones, dibujos, esculturas, fotografías, películas, software o modelos textiles, tienen en común ser objeto de propiedad intelectual. El artículo 11 de la Ley de Propiedad Intelectual⁶² señala los casos en que esta categoría genérica pasa del dominio particular al patrimonio público, pudiendo así cualquier persona usar la obra, aunque respetando la paternidad e integridad de ella.

Las *publicatio* tácitas pueden determinarse con mayor o menor dificultad, dependiendo del espíritu y lenguaje del Legislador. En Chile, el artículo 4 de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica⁶³ estatuye que esta “*es un bien del Estado, susceptible de ser explorada y explotada, previo otorgamiento de una concesión, en la forma y con cumplimiento de los requisitos previstos en esta ley*”. No dice esta disposición si el bien integra el dominio fiscal o nacional. Considerando que el objetivo de la ley es que los particulares sólo gocen en concesión la energía geotérmica, se concluye que estos no podrían ganar su propiedad por prescripción. Tampoco el Fisco podría enajenárselas, ni celebrar con ellos otros actos o contratos que les otorguen derechos distintos a la concesión. En conclusión, el Legislador nacional ha hecho de la energía geotérmica un bien público. Otra interesante situación se presenta en Chile con las áreas silvestres protegidas. La Ley del Sistema de Áreas Silvestres Protegidas del Estado⁶⁴ no determina si integran el patrimonio nacional o fiscal, por lo que corresponde al interprete concluirlo. Una primera opción consiste en que, si los bienes públicos solo son los destinados al uso directo, las áreas silvestres protegidas serían de dominio fiscal. La citada ley crea distintas categorías de manejo para tales áreas, las que tienen en común siempre el fin de conservación medioambiental. El uso directo (educación, deporte o recreación) se da en algunas categorías (como parques nacionales), aunque subordinado a su compatibilidad con la preservación de la naturaleza. Si bien las áreas

⁶² Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

⁶³ Ley N° 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmica.

⁶⁴ Ley N° 18.362 sobre Sistema de Áreas Silvestres Protegidas del Estado.

silvestres protegidas serían de dominio fiscal, estarían sometidas a reglas especiales. Ejemplo de este régimen excepcional es el artículo 21, inciso segundo, del D.L. N° 1.939, que dispone:

“Los predios que hubieren sido comprendidos en esta declaración [como Reservas Forestales o Parques Nacionales] no podrán ser destinados a otro objeto ni perderán esta calidad, sino en virtud de decreto del Ministerio, previo informe favorable del Ministerio de Agricultura o el Ministerio del Medio Ambiente, según corresponda”.

Este texto legal comprende tres reglas. La primera dice relación por el mecanismo que debe seguir la Administración para que cese respecto del inmueble su calidad de área silvestre protegida. La segunda regla, también destinada a la Administración, le prohíbe destinar la cosa a otro fin, sin seguir el procedimiento legal. Esto significa que no podría pasarse de reserva forestal a parque público, pues se sustituiría el fin principal de conservación ambiental por el recreativo. La tercera norma, en cambio, se refiere a la situación jurídica del bien, disponiendo que no podrá perder la calidad de área protegida. Aplicando este precepto, la Contraloría General de la República, mediante el dictamen 24.985 de 1987⁶⁵, estimó que una reserva forestal, aunque de dominio fiscal al no estar destinada al uso común, era inalienable. Bajo este mismo razonamiento, se puede estimar que un área silvestre protegida sería también imprescriptible e inembargable. Ello se debe a que las áreas silvestres que se protegen son aquellas que pertenecen al Estado y no a los particulares. Si estos últimos pudieran poseerlas y ganarlas por prescripción o adquirirlas en remate, cesaría la protección por la pérdida de un elemento (titularidad estatal), lo que no es una forma que la ley haya querido para que termine tal protección. De manera que las áreas silvestres protegidas quedan gobernadas por un régimen idéntico al de dominio público (inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad). Sin embargo, serían de dominio

⁶⁵ Este dictamen N° 24.985 de 1987 de la Contraloría General de la República resuelve explícitamente que *“devuelve decreto de Bienes Nacionales que otorga títulos gratuitos de dominio acorde a Ley 18.270 sobre inmuebles fiscales rurales que se singularizan, ubicados en la XI Región, porque se ha omitido acompañar los antecedentes que acrediten fehacientemente que los predios situados en la comuna y provincia de Coyhaique se encuentran fuera de los deslindes de la reserva forestal Cerro Castillo, ya que conforme DL 1.939/77, art. 15 y art. 21, los terrenos fiscales que revisten la calidad antes señalada, no pueden ser enajenados”.*

fiscal al no establecerse tal régimen en razón del uso directo al que se destina, único que podrían en Chile perseguir los bienes públicos. Estimo que estas conclusiones son ilógicas y solo se explican por un restringido entendimiento del artículo 589 del Código Civil. Otra alternativa interpretativa es admitir que el dominio público puede tener fines distintos al uso directo. De acuerdo a ello, las áreas silvestres protegidas serían bienes nacionales, pues mantener la diversidad ecológica del país es un uso indirecto, mediante el mayor bienestar general que ella provee a todos los habitantes. Esto permite dar una distinta lectura al artículo 21 del D.L. N° 1.939, pues desprendiéndose el régimen demanial de ella, constituye una *publicatio* tácita de las áreas silvestres protegidas. El artículo 11 de la Ley del Sistema de Áreas Silvestres Protegidas del Estado⁶⁶ dispone que el ente a cargo de estas áreas podrá “*celebrar toda clase de actos y contratos [...] que sean necesarios para el eficiente manejo de cada una de las unidades*”. Este precepto innegablemente faculta al ente a cargo de las áreas protegidas para actuar en el tráfico privado respecto de ellas, lo que podría llevar a dudar de su condición de bienes públicos y estimarlos fiscales. Sin embargo, esta primera aproximación es incorrecta, pues sólo se refiere a los actos y contratos que el ente celebre para que el área protegida sirva al cumplimiento de sus fines. No se persigue por dicha disposición otorgar a los privados usos privativos sobre tal área, ajenos a los fines de la afectación.

Situaciones en que no es posible deducir una *publicatio tácita* en el ordenamiento jurídico chileno son las vías férreas, puertos y aeródromos. Los ferrocarriles pueden ejecutarse por privados, mediante concesión ferroviaria, o el Fisco, a través de la Empresa de Ferrocarriles del Estado. En el primer caso, los bienes afectos al ferrocarril son propiedad del concesionario. Estos no ingresarán ni siquiera al dominio fiscal en caso de expirar el plazo de la concesión o caducar al incumplirse las cargas que impone. Los artículos 21, 22, 23 y 27 de la Ley General de Ferrocarriles⁶⁷, dispone que, en tales casos de expiración o caducidad, la concesión se sacará a pública subasta, ordenando incluir en su valorización las obras ejecutadas. Tratándose de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, las líneas férreas que tienda son de su

⁶⁶ Ley N° 18.362 sobre Sistema de Áreas Silvestres Protegidas del Estado.

⁶⁷ El D.S. N° 1.157 de 1931 de Fomento fijó el texto definitivo de la Ley General de Ferrocarriles

propiedad. El artículo 37 de la Ley Orgánica de la Empresa de Ferrocarriles del Estado⁶⁸ le permite vender sólo los bienes prescindibles para la operación ferroviaria. *A contrario sensu*, las vías en uso, por ejemplo, no podrían venderse. Nada dice la disposición sobre gravarlas, pero estimando que ello constituye un principio de enajenación, sólo podrían gravarse bienes prescindibles para el funcionamiento de los ferrocarriles estatales. A pesar de lo expuesto, el régimen de las vías tendidas por la Empresa de Ferrocarriles del Estado no llega a constituirse en dominio público. Ninguna norma jurídica les da esa calidad. Tampoco existe disposición alguna que permite concluir que la superficie en que se emplazan no pueda poseerse y adquirirse por prescripción. Además, el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Empresa de Ferrocarriles del Estado⁶⁹ somete el funcionamiento de esta empresa al Derecho privado. Por ello debe estimarse que el patrimonio de que dispone se gobierna por las mismas normas que un concesionario ferroviario, salvo norma especial distinta. En relación a los puertos, no existe disposición legal que les atribuya una concreta naturaleza jurídica. Esto se resuelve, no obstante, distinguiendo quién los instala, el uso que se les da y el régimen jurídico que para tal uso la ley convoca. Los que construyen particulares, amparados en concesiones marítimas, no son parte del dominio público, pues falta el elemento subjetivo esta institución (estar en poder de un ente público). Los erigidos por el Fisco y no destinados al uso público, como los de la Armada de Chile, tampoco son demaniales. Así resulta de la relativa amplitud de las facultades que sobre disposición de bienes se otorga al Comandante en Jefe de esta institución naval por el artículo 47 de la LOC de las Fuerzas Armadas⁷⁰. Los recintos portuarios instalados por el Estado y destinados al uso de todos los habitantes, tampoco son bienes públicos. Así se desprende de la Ley de Puertos⁷¹, la que no les da tal calidad, pero tampoco permite concluirlos implícitamente. Si bien señala que los puertos son de uso público, limita la disponibilidad de terrenos e instalaciones dentro de los recintos e impide embargarlos, no llega a imponerles un régimen de dominio

⁶⁸ El D.F.L. N° 1 de 1993 de Transportes y Telecomunicaciones fijó el texto coordinado, sistematizado y refundido de la Ley Orgánica de la Empresa de Ferrocarriles del Estado.

⁶⁹ El D.F.L. N° 1 de 1993 de Transportes y Telecomunicaciones fijó el texto coordinado, sistematizado y refundido de la Ley Orgánica de la Empresa de Ferrocarriles del Estado.

⁷⁰ Ley N° 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

⁷¹ Ley N° 19.542 Moderniza el Sector Portuario Estatal.

público. El artículo 9 de la Ley de Puertos⁷² dispone que los actos y contratos que estas empresas estatales celebren se rigen por el Derecho privado. Además, ninguna norma jurídica permite concluir que sus bienes no puedan ser poseídos y prescritos por particulares. Se trata, por tanto, de bienes pertenecientes a una empresa, cuyo patrimonio se rige por el derecho común, o fiscales asignados al giro público de la misma. Finalmente, los aeródromos tampoco son bienes públicos de acuerdo al siguiente análisis. Los artículos 8, 9 y 10 del Código Aeronáutico distingue entre aeródromos militares y civiles, pudiendo los últimos ser de uso privado o público. No forman parte del demanio los aeródromos militares, pues -como ya se dijo- el artículo 47 de la LOC de las Fuerzas Armadas⁷³ otorga relativa amplitud a las facultades sobre disposición de bienes a los Comandantes en Jefe de tales instituciones. Los aeródromos civiles erigidos por el Fisco, estén o no destinados al uso público, tampoco integran el dominio público. Esto se concluye de los artículos 2, letra w), y 14 de la Ley Orgánica de la Dirección General de Aeronáutica Civil⁷⁴, que entrega la administración de los terrenos adquiridos por el Fisco para aeródromos a tal Dirección, quien dispone de amplias facultades para enajenarlos. Es decir, tales terrenos no quedan sujetos al régimen del dominio público.

b. Síntesis de los elementos del dominio público: una propuesta de definición de esta institución jurídica.

Un concepto debe contener todos los elementos que lo componen. Por ese motivo se analizaron estos primero, para finalmente proponer una definición de dominio público. En este recorrido se dio cuenta de la existencia de ciertas controversias en torno a ellos y se tomó un partido. Por ejemplo, sobre la aptitud que debe tener el bien para integrar el régimen o la distinción entre el titular del provecho (Nación) y de la función (Estado). Asimismo, fue posible observar que, en ciertos aspectos, tales como los usos, el Derecho nacional es más restrictivo que la doctrina y legislaciones extranjeras.

⁷² Ley N° 19.542 Moderniza el Sector Portuario Estatal.

⁷³ Ley N° 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

⁷⁴ Ley N° 16.752 que fija organización y funciones y establece disposiciones generales de la Dirección General de Aeronáutica Civil.

Es por ello que se propondrá solo una definición abstracta del dominio público y luego, dos aclaraciones para que esta opere en Chile.

Propongo definir el dominio público de la siguiente forma:

Conjunto de bienes determinados y aptos para integrarlo (elemento objetivo), afectos a un fin de utilidad pública (elemento finalista), correspondiendo al Estado la titularidad de su administración y a la Nación la titularidad del aprovechamiento o beneficio que reportan (elemento subjetivo), adoptándose por ley esta asignación y la sustracción del tráfico privado de tales bienes (elemento normativo-asignativo) para entregarlo a un régimen de disfrute administrativo, funcional al fin perseguido (elemento normativo-funcional).

Esta definición propuesta deja abiertos los fines porque no existen bienes públicos que forzosamente deban serlo. Aquello que hoy integra el demanio, podría la ley mañana entregarlo al tráfico privado. De la misma forma, las cosas regidas por el Derecho civil podrían en el futuro ser entregadas al Derecho administrativo. Por ejemplo, las aguas que nacían y morían dentro de una misma heredad fueron consideradas unas veces privadas y otras públicas en el sistema nacional. Este hecho muestra que el régimen demanial es sólo una de las varias opciones del Legislador para organizar la apropiabilidad y tráfico de las cosas. Podrá entregarlas a la entera libertad de los privados o bien imponerles restricciones (por ejemplo, las previstas en la Ley sobre Control de Armas⁷⁵). También podrá permitir que el Estado adquiriera bienes o vedarle apropiárselos (como la del artículo 585 del Código Civil, a propósito de la alta mar). El Fisco podrá quedar entregado a las mismas reglas de los particulares en el goce de sus bienes. Existirá, no obstante, siempre un reducto de Derecho público en el disfrute estatal de los bienes, aún entregados al tráfico privado. Ello se debe a que las decisiones que la Administración toma son siempre regladas por procedimientos administrativos y deben perseguir fines públicos. En otros casos, la ley podrá estimar necesario imponer al patrimonio del Estado cargas que un particular no tiene que soportar, o dotarlo de poderes exorbitantes. Inclusive podría ordenar separar una

⁷⁵ Ley N° 17.798 sobre Control de Armas)

porción de los bienes fiscales, formando patrimonios especiales afectos a fines públicos, aunque aún gobernados por el Derecho privado. Una última alternativa es la tantas veces mencionada, el régimen de dominio público. Este irrumpe cuando, para perseguir el fin público, no basta modular el Derecho privado, sino sustituirlo íntegramente por el tráfico administrativo. La intransferibilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad son notas consustanciales al demanio, pues son las que lo sustraen del comercio privado. El uso directo podrá o no tener relevancia en la *publicatio* de un bien, siempre que este hubiese sido el móvil de la misma. En otros casos, el uso privativo podrá tener mayor peso y, por ejemplo, ser especialmente reglado por la ley, como sucede en Chile con las especialísimas concesiones judiciales para exploración y explotación mineras. A falta de tal reglamentación, tendrán lugar las reglas generales que sobre el uso privativo trae consigo el dominio público (permisos y concesiones administrativas). Todas estas consideraciones son relevantes a falta de decisión especial o genérica que adscriba un bien al demanio. Ello se debe a que la *publicatio* se revelará tácitamente del texto e intención de la ley sobre el régimen que gobernará la cosa. En consecuencia, estimo que la piedra angular del dominio público no es destinar el bien al uso directo e inmediato, como tradicionalmente se afirmó. Los bienes son públicos por decisión legal de reemplazar el tráfico privado por un régimen de derecho público, en razón del destino (el que está abierto al debate parlamentario). Los elementos normativos (asignativo - funcional) y teleológicos se conjugan de esta manera en la teoría del dominio público, logrando describir más acertadamente la realidad existente.

Por último, resta referirse a las precisiones que exige la definición propuesta para ser aplicable al Derecho nacional. Por un lado, la pertenencia de un bien al dominio público debe declararla una ley de quorum calificado, en interés nacional. Por otro, lo regular será que el disfrute se haga por uso directo e inmediato, al tenor del artículo 589 del Código Civil. Sin embargo, este precepto no puede tener el mérito de restringir la existencia de otras dependencias demaniales si la ley indudablemente las considera tales, como ocurre con las minas. Pero al calificar la demanialidad de un bien, deberá tenerse en cuenta que no bastan las meras limitaciones al dueño para concluir que la cosa integra el dominio público, como sucedió en el caso de las vías férreas, puertos

y aeropuertos en el ordenamiento jurídico nacional. Estos son de dominio fiscal o de la empresa estatal y, por tanto, regidos por el Derecho civil. La circunstancia apuntada es posible porque, cuando el Legislador persigue influir en los fines del disfrute de las cosas, no está obligado a usar el régimen demanial, el que solo es una de varias opciones.

4. Características del dominio público y su régimen.

Una vez estudiados sucintamente los elementos y definición del dominio público, se propone enlistar y comentar las características que de ello resultaron. Los objetos del dominio público son cosas, y su régimen es de derecho público. Además, este régimen es exorbitante respecto del derecho privado, al que sustituye íntegramente, y está destinado a servir fines públicos. Es único, accidental y excepcional respecto a la cuestión de asignación que resuelve (para la Nación), pero también es un régimen plural en relación a las formas de disfrute que contempla. No es forzoso que este régimen prevea la existencia de títulos de uso privativo, los que por ello son eventuales. Por último, la decisión de regir un bien por este régimen jurídico debe adoptarla la ley.

a. Es un régimen de bienes.

El conjunto de principios y normas jurídicas que rigen una porción precisa e inequívoca de la realidad es el régimen de esta. En el dominio público, esta parcela de lo existente, material o intelectual, son las cosas que pueden apropiarse y ser objeto de la posición jurídica de la propiedad. Esto excluye a cualquier otro objeto de situaciones jurídicas, como las obligaciones.

b. Aptitud de los bienes que integran el régimen de dominio público.

No cualquier cosa puede ser objeto de dominio público, lo que se impone por las peculiaridades de este régimen. Si el bien será intransferible, su destino natural no

podrá ser consumirlo o usarlo como medio de cambio. Aquello que sea objeto de reserva dominical, por tanto, habrá de ser permanente.

Además, el beneficio que la cosa reporta al adscribirse al régimen demanial, no puede lograrse por el tráfico privado. Ello conlleva que el bien objeto de dominio público no pueda ser sustituible por otros (irreemplazable). En caso contrario, carecería de fundamento someter un bien a este régimen exorbitante.

c. Es un régimen de derecho público.

La naturaleza de los principios y normas que integran este régimen son de derecho público, lo que tiene dos consecuencias. Por un lado, que el régimen demanial es de obligado cumplimiento, lo que se opone a la disponibilidad propia del Derecho civil. En este último, las personas pueden autorregularse mientras no se esté en presencia de las excepcionales normas imperativas. Por otro, que las normas jurídicas del régimen demanial estructuran relaciones de subordinación de los administrados al Estado. Esto se diferencia del Derecho civil, en que las normas jurídicas tienen como fin coordinar a partes que se estiman iguales.

d. Es un régimen exorbitante.

Esta cualidad contrapone el dominio público a la propiedad civil. Esta última puede ser objeto de los actos y contratos previstos en el Derecho común. De esta manera, podrá ser transferida o transmitida, poseerse y ganarse por prescripción o embargada para responder de las obligaciones que tenga el dueño. El dominio público altera radicalmente estos caracteres, de allí que se califique a su régimen de exorbitante. La situación de los bienes que pasan a ser públicos es la in comerciabilidad, es decir, la ineptitud de su tráfico civil. Así, no podrá ser objeto de la convención denominada tradición, del acto llamado ocupación ni de ningún otro, de manera que es inalienable. El embargo de estas cosas se proscrib (inembargabilidad), porque ni aún el juez podrá hacerlas objeto de una venta forzada (remate). Son además imprescriptibles, pues la posesión que una persona pueda hacer de ellos no le permitirá ganar su

dominio. También son objeto de una especial protección, mediante técnicas administrativas (tuición, cuidado y tutela) y procesal (acciones judiciales protectoras).

e. Es un régimen de sustitución integral del Derecho privado.

En relación a la cuestión del dominio (titularidad), el régimen demanial es normativamente autosuficiente. El disfrute o beneficio que reportan las cosas públicas corresponde a la Nación y el gestor de los intereses de ella es el Estado. Mientras permanezcan en el dominio público, estas titularidades son inalterables, excluyéndose toda mutación a su respecto. Esto se obtiene sustituyendo íntegramente el Derecho privado por el régimen demanial, siendo el instrumento de esto la in comerciabilidad de esta especie de propiedad.

f. Es un régimen destinado a un fin público.

El Estado persigue siempre fines públicos y ello se manifiesta en su conducta como propietario. Los bienes fiscales deben servir a los cometidos estatales, pero la forma o modo en que ello se hará queda entregada al Derecho privado y por tanto es discrecional. La cobertura de juridicidad del comportamiento del Estado es la habilitación legal para emplear ese tráfico civil, aunque sujeto al control por desviación de fin. En los bienes públicos, no solo el fin es reglamentado por la ley, sino la forma o modo de realizarlo, mediante la determinación de su disfrute. Por ejemplo, las calles y caminos no pueden afectarse a cualquier fin del ente estatal que los tenga a cargo, sino al tránsito público.

g. Es una técnica de control del poder público.

El Estado no podrá desprenderse de los bienes públicos, ni alterar la destinación o forma en que estos sirven a un específico cometido. La discrecionalidad con la que una persona se comporta respecto a las cosas de su propiedad es controlada mediante el dominio público. Si bien el control de los bienes fiscales también existe, en los

demaniales es más intensa, llegando a reducirse la discrecionalidad en estos a su mínima expresión.

h. Accidentalidad del régimen de dominio público.

No existen bienes que forzosamente deban regirse por el dominio público. Aquello que hoy se encuentra gobernado por este régimen, podría en el futuro entregarse al tráfico privado, y viceversa. Es por ello que el régimen demanial es siempre una elección del Legislador de entre las varias alternativas que tiene para organizar la propiedad.

i. Excepcionalidad del régimen de dominio público.

Estimo que es indiferente que las cosas sean apropiadas por el Estado o los particulares, siempre que se sujeten por igual a un mismo régimen. Esto exige que pueda haber tráfico entre ellos y que, no siendo necesario regularlo, sea además libre. El sistema de organización de la propiedad que cumple ello es el Derecho civil, por lo que este opera por defecto. El dominio público, exorbitante respecto al tráfico privado, operará allí donde sea adecuado, racional, necesario y proporcional para perseguir el fin público que lo motiva. Estas consideraciones significan que el régimen demanial es excepcional, por lo que la interpretación de la ley que publica el bien debe ser estricta y no admitir analogías. Si el régimen demanial no se desprende expresamente de la ley, ni se deduce de la pretensión de revestirlo de la totalidad de sus cualidades, debe excluirse que esta haya sido la decisión legislativa. Habrá otras formas en que haya sido organizado el dominio, como regímenes especiales gobernados por el Derecho privado, pero no dominio público.

j. Unidad del régimen asignativo de dominio público.

Las cualidades exorbitantes del régimen, ya apuntadas, son comunes a cualquier dependencia demanial, sea que se trate un bien afecto al uso público, adscrito a un servicio público, destinado al fomento nacional o reservado a la empresa pública. Estos bienes serán siempre inalienable, imprescriptible e inembargable, lo que deriva de su

incomerciabilidad, que es el instrumento que excluye al Derecho privado. Además, serán especialmente protegidos, mediante la tuición, cuidado y tutela administrativa, además de ser objeto de especiales acciones judiciales para su defensa. La unidad de régimen en estas materias se debe a que, cualquiera sea el disfrute al que se destine el bien, estará siempre expuesto a un mismo riesgo, el que consiste en sustraer la cosa a su propietario (la Nación) y, con ello, impedir u obstaculizar el fin de su *publicatio*.

k. Pluralidad del régimen funcional de dominio público y eventualidad de los usos privativos.

La unidad del régimen demanial se agota en la sustracción de la cosa al Derecho civil y en asegurar que la Nación no sea despojada de ella. Pero esta parte asignativa del régimen sirve a otra parcela del mismo, destinada a realizar el fin de la *publicatio* mediante el disfrute de la cosa. Son varias las formas en que el bien público puede disfrutarse (uso, servicio, fomento y empresa), las que tienen peculiaridades propias y, por tanto, hacen que el régimen en esta materia no sea único, sino que plural.

Es posible que algunas especies de bienes públicos admitan otorgar a los particulares títulos para usarlos privativamente, siempre que sea compatible con su fin público. Por ejemplo, se pueden conceder permisos para instalar un kiosko en calles o plazas, lo que privará a una porción de esas cosas públicas de su destinación al tráfico. Estos usos privativos estarán siempre subordinados al dominio público y, si son incompatibles con el fin de este, no podrán constituirse. Esto es lo que hace a los usos privativos un elemento eventual y accesorio del dominio público, los que al ser una forma de disfrute tienen también un régimen plural. Puede haber permisos y concesiones regidos por las reglas generales del Derecho administrativo, así como configurarse legalmente un especialísimo derecho real administrativo. Ejemplos de esta variedad de títulos son la concesión minera y de telecomunicaciones.

Existe una situación excepcional en que el uso privativo integra esencialmente una clase de dominio público. Esto ocurre en los bienes cuya *publicatio* los destina al fomento de la riqueza nacional y, no reservándose su explotación al Estado, se

convoca para ello a los particulares. El otorgamiento a estos y el tráfico que de los mismos podrán o no hacer es, en este caso, un elemento necesario del demanio.

I. Legalidad del régimen de dominio público.

Finalmente, al no existir bienes públicos por naturaleza -como se señaló a propósito de la accidentalidad de ellos-, será una norma jurídica la que disponga su existencia. Sin embargo, no cualquier norma dentro de un ordenamiento jurídico es competente para ello, sino que única y exclusivamente lo es la ley. Ello se debe a que, en las sociedades contemporáneas, el Legislador es el poder estatal legitimado para configurar la sociedad y, en especial, la asignación y disfrute de los bienes en ella existentes.

5. Clasificación del dominio público.

El demanio puede clasificarse por muchos criterios, siendo desmedido pretender abarcarlos todos para esta exposición. Es por ello que se ha optado por referirse únicamente a cuatro que se han estimado relevantes. Los motivos juzgados son que, mediante ellos, puede tenerse una comprensión general de la situación de los bienes sujetos al dominio público.

a. En relación a la necesidad de adaptar la cosa para que integre el dominio público.

El primer criterio en estudio distingue entre un dominio público natural y artificial. Aquello que los diferencia no se encuentra en la *publicatio* necesaria del primero, pues no existen bienes que, por condiciones físicas, deban forzosamente integrar el demanio. Este criterio meramente distingue si, al tenor de la ley, basta la presentación natural de la cosa o si requiere adaptársela. El agua es un ejemplo de dominio público natural, pues sin necesidad de que intervenga la mano del hombre, puede usarse en

su fin público (como navegar). Las calles son una especie de dominio público artificial, ya que la tierra puede presentarse naturalmente en un estado que impida transitarla, como cuando presenta desniveles o matorrales. Será necesario nivelar y limpiar el espacio por el cual se transitará (ni siquiera pavimentarlo), para que pueda destinarse al uso común de los habitantes.

La importante de esta clasificación es acertadamente descrita por Marienhoff:

“El carácter o naturaleza del bien, es decir, la circunstancia de que se trate de bienes públicos considerados tales en su estado natural o de bienes declarados públicos por el legislador, pero cuya creación o existencia depende de un hecho humano (dominio natural y dominio artificial), repercute decisivamente en todo el régimen de la ‘afectación’ y de la ‘desafectación’. Según cuál sea la naturaleza del bien de que se trate, la afectación y la desafectación podrán efectuarse por hechos o actos administrativos o será indispensable el pertinente acto legislativo”⁷⁶.

Esta explicación puede ejemplificarse de la siguiente forma. Los entes públicos a cargo de las aguas no pueden cesar su destinación al uso público (desafectación). Esto se debe a que tal adscripción fue hecha por el Legislador y el estado natural en que las aguas se presentan basta para cumplir tal cometido. En cambio, un inmueble no cumple por sí mismo el fin de servir al tráfico, de manera que, solo una vez adaptado, el ente lo afectará a ese fin. Además, las calles y caminos podrán ser desafectados de su régimen público, cesando por ejemplo el destino al tráfico dado inicialmente.

b. En relación a la situación física del objeto de dominio público.

Mediante este segundo criterio, se diferencia entre un dominio público terrestre, hídrico, aéreo e intelectual. Esta es la distinción que tradicionalmente recoge la doctrina nacional, sea civil o administrativa. Así, por ejemplo, lo realiza en la primera rama Antonio Vodanovic en *‘Manual de Derecho Civil’⁷⁷* y, en la segunda, Jorge

⁷⁶ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1738.

⁷⁷ Véase VODANOVIC Haklicka, Antonio. 2001. *Óp. cit.*, Tomo I, págs. 366-373

Bermúdez en su obra '*Derecho Administrativo General*'⁷⁸. La utilidad de esta clasificación es que permite agrupar la gran variedad de dependencias demaniales, en cuatro categorías. En consecuencia, tiene un fin didáctico, contribuyendo a una mejor comprensión de la materia.

El dominio público terrestre comprende todos los inmuebles y demás bienes que adhieren o se destinan a ellos y que integran el dominio público, como las calles o monumentos. El dominio público hídrico comprende las aguas en sus diversas presentaciones, como el mar, ríos y lagos. El dominio público aéreo comprende el espacio sobre la superficie del suelo y las ondas que por él se propagan, como el espectro radioeléctrico. El dominio público intelectual comprende los bienes culturales cuyo uso está destinado a todos los habitantes.

El inconveniente de esta clasificación es que no permite agrupar adecuadamente los bienes afectos a un servicio público. Estos podrán quedar desperdigados entre distintas categorías, como ocurre con un parque nacional, cuya tierra quedará en el dominio terrestre y aguas en el hídrico. En Chile, esta objeción no es tomada en cuenta ya que, a raíz del entendimiento tradicional del artículo 589 del Código Civil, los bienes públicos son únicamente los destinados al uso común.

c. En relación a la competencia territorial del ente público a cargo del bien de dominio público.

Las categorías que comprenderá este criterio dependerán de los niveles de organización territorial de cada país. Por ejemplo, en Francia habrá un dominio público estatal, departamental, comunal y colonial, mientras que en Argentina uno nacional, provincial y comunal. En Chile, esos niveles pueden ser nacional, regional, provincial y comunal. Así, por ejemplo, el Ministerio de Bienes Nacionales tiene la tuición superior de todos los bienes públicos, siendo su competencia por tanto nacional. Las

⁷⁸ Véase BERMÚDEZ Soto, Jorge. 2010 (2011). *Derecho Administrativo General*. Santiago, 2° Edición, Thomson Reuters, págs. 562-572.

Municipalidades, en cambio, tienen la administración de los bienes nacionales ubicados en su jurisdicción, siendo así una competencia comunal.

d. En relación a los fines públicos que persigue la destinación del dominio público.

La doctrina nacional entiende mayoritariamente que solo son bienes nacionales los destinados al uso directo. Esto se contrapone al Derecho comparado, en que se distingue el uso directo e indirecto. Sin embargo, se ha propuesto dar apertura de fines al dominio público. Este es un régimen exorbitante al que la ley sujeta determinados bienes en razón del fin público al que los destinará y, por tanto, propongo clasificarlo a partir de tales destinaciones. Existirán bienes nacionales de uso directo, así como afectos a un servicio público, al fomento de la riqueza nacional, a la empresa estatal o a otros cometidos, y también los habrá de fines mixtos. Entiendo por tales aquellos en que la persecución de dos o más fines es igualmente un objetivo principal del Legislador. Por ejemplo, las calles y caminos son de uso directo, pues su destino primordial es el tráfico público, estando los usos privativos siempre subordinados a ese fin. Sin embargo, las aguas también son bienes nacionales de uso directo, como cuando se destinan a la navegación, pero ese cometido es tan relevante como el consumo humano, que es un uso privativo. Es por ello que estimo a las aguas como un bien nacional de fines mixtos.

6. Efecto del dominio público: breve descripción del régimen demanial.

El estudio de los elementos del dominio público tiene una doble finalidad. Por un lado, permite proponer una definición que sucintamente los refunda, lo que contribuye al entendimiento de la teoría general de esta institución. Por otro, fija las condiciones que, una vez reunidas, hacen procedente la aplicación del régimen demanial. El estudio sucinto de este último es el objeto de los siguientes párrafos.

Estimo que el régimen demanial se compone de tres subsistemas de regulación de los bienes públicos.

En primer lugar, el que llamaré '*subsistema de protección administrativa*' y, en segundo lugar, el que denominaré '*subsistema de disfrute administrativo*'. En uno y otro se insertan las potestades administrativas y acciones judiciales que son pertinentes para la realización de los fines de cada parcela del régimen demanial.

En tercer lugar, existirá un subsistema eventual, el que nombro como '*subsistema de mutabilidad administrativa*', y que se dará en dos hipótesis. Por un lado, cuando la cosa requiera una adaptación especial para servir al fin público, de manera que la Administración deba ejecutar esta obra o trabajo y conservarla. Por otro, cuando se destine a un servicio público, de manera que la Administración debe determinar como la cosa se integra a tal servicio. En ambos casos, la *publicatio* no es suficiente para disfrutar del bien público, requiriéndose que la Administración decida la forma en que tal ley se pondrá en ejecución.

a. Subsistema de protección administrativa.

El fin del primer subsistema es asegurar que la '*cuestión de asignación*' resuelta por la *publicatio* no sea alterada. Tal decisión consistía en que los bienes públicos pertenecen a la Nación, quién como titular (propietario) ha determinado el disfrute que se hará de ellos.

La inalterabilidad de esta situación se asegura mediante cinco técnicas, las que son indiferentes al concreto disfrute de la cosa que la ley prevea, pues en esta materia todos ellos enfrentan el mismo riesgo de ser sustraída tal cosa a su propietario (La Nación).

a.1. La in comerciabilidad del dominio público.

La primera de las técnicas del subsistema de asignación es la '*in comerciabilidad*', la que define Antonio Vodanovic Haklicka en los siguientes términos:

*“Atendiendo a si las cosas son susceptibles o no de ser **objeto de relaciones jurídicas de derecho privado**, se distinguen en comerciables y no comerciables. Sobre las comerciables puede, pues, recaer un derecho real o existir respecto de ellas un derecho personal”⁷⁹ (énfasis añadido).*

Esta es la característica de las cosas públicas que las sustrae del tráfico civil, pues no pueden ser objeto de los actos y contratos del mismo. Así, por ejemplo, no se podrá gravar esta especie de bienes con uso, habitación, usufructo, prenda o hipoteca. Tampoco cabrá a su respecto la compraventa, permuta, cesión, aporte en sociedad, mutuo (no dinerario) u otro título traslativo del dominio. Los títulos de mera tenencia, como el arrendamiento de cosas, el comodato o el depósito, también se encuentran excluidos. La transacción (y, por analogía, la conciliación y el avenimiento) no es admisible en relación a la situación y disfrute de los bienes públicos. Éstos se llaman ‘*contratos procesales*’, pues surten efectos dentro del proceso (para terminarlo o impedir su inicio), pero la regulación sustantiva de los mismos es propia del Derecho civil. Excepcionalmente, son lícitos los actos o contratos privados que, no siendo su objeto la cosa pública, inciden en ella para su conservación o mejora. Por ejemplo, el arrendamiento de servicios materiales o inmateriales, que un ente público contrate para proyectar una plaza o barrerla. Esta conclusión es sin perjuicio de la existencia de contratos típicos del Derecho administrativo con iguales fines, como el contrato de obra pública⁸⁰, el contrato de concesión de obra pública⁸¹ o el contrato administrativo de suministro y prestación de servicios⁸². Además, los bienes públicos pueden ser objeto de las llamadas ‘*servidumbres administrativas*’, como la de postación en calles y caminos para el servicio público eléctrico⁸³. Sin embargo, estimo que la naturaleza jurídica de estas no es la de una servidumbre como las previstas en Derecho civil, sino un título de uso privativo del bien nacional.

⁷⁹ VODANOVIC Haklicka, Antonio. 2001. *Óp. cit.* Tomo I. pág. 358.

⁸⁰ En Chile, el Contrato Administrativo de Obra Pública se encuentra previsto en el D.S. N° 75 de 2004 de Obras Públicas, Reglamento del Contrato de Obra Pública.

⁸¹ En Chile, el Contrato Administrativo de Concesión de Obras Públicas se encuentra previsto en el D.F.L. N° 900 de 1996 de Obras Públicas, Ley de Concesiones de Obras Públicas.

⁸² En Chile, el Contrato Administrativo de Suministro y de Prestación de Servicios se encuentra previsto en la Ley N° 19.886 Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁸³ Véase los arts. 48 y sgts. del D.F.L. N° 4 de 2007 de Economía, Fomento y Reconstrucción, Ley General de Servicios Eléctricos.

En Chile, la distinción entre cosas comerciables y las que no lo son se encuentra en el artículo 1461 del Código Civil. Este dispone que las cosas presentes o futuras pueden ser objeto de una declaración de voluntad, con tal “*que las unas y las otras sean comerciables*”. *A contrario sensu*, las incomerciables no pueden ser el objeto de un acto o contrato, pues a su respecto está vedado el tráfico civil. No obstante, el citado precepto legal no dice que las cosas públicas participan de esta última cualidad, pero la doctrina entiende que ello se deduce de otras consideraciones. Por un lado, del fin que persiguen los bienes públicos. Por otro, de las normas civiles cuyo contenido presupone que las cosas públicas no son comerciables. Así, por ejemplo, ha señalado Antonio Vodanovic Haklicka:

“Los bienes públicos están fuera del comercio humano. En realidad, ninguna disposición del Código Civil establece directamente la incomerciability de los bienes públicos, pero así resulta de la propia destinación de éstos. Además, hay preceptos que suponen la incomerciability de las cosas en referencia. Por ejemplo, un artículo declara que no vale el legado de cosas que al tiempo del testamento sean de propiedad nacional o municipal y de uso público (C. Civil, art. 1105). Ese legado no tiene valor porque recae sobre una cosa que es imposible que esté en el patrimonio del testador, y no puede estar porque no es susceptible de derechos privados, o sea, porque es incomerciable”⁸⁴.

a.2. La inalienabilidad del dominio público.

La segunda técnica para asegurar la decisión asignativa respecto de los bienes públicos es la ‘*inalienabilidad*’. Esta es una consecuencia de la incomerciability ya tratada, porque se refiere a la ineptitud de la cosa para ser enajenada, es decir, objeto de la tradición, cuyo efecto es transferir el dominio. Estimo que la cualidad en comento no se refiere a otros modos de adquirir por las siguientes razones.

⁸⁴ VODANOVIC Haklicka, Antonio. 2001. *Óp. cit.* Tomo I. pág. 365.

En primer lugar, no cabría la ocupación pues ella requiere una '*res nullius*' y los bienes públicos tienen un dueño (la Nación). En segundo lugar, la sucesión '*mortis causa*' opera únicamente tratándose de persona naturales, pues sólo ellas se enfrentan a la inexorable muerte. Sin embargo, existe una situación similar en el Derecho internacional público, que es la sucesión de Estados, la que ocurre cuando uno reemplaza a otro en el gobierno y administración de un territorio. En esa circunstancia, el Estado sucesor adquiere los bienes públicos comprendidos en dicho territorio, que antes pertenecían al Estado predecesor. En tercer lugar, la accesión requiere distinguir entre las subespecies de esta previstas en el Código Civil. Por un lado, la accesión discreta, que es la adquisición por el dueño de aquello que la cosa produce, como los frutos de un árbol. La Nación se hará dueña de estas cosas, pero no integrarán el dominio público si no sirven a la utilidad que la *publicatio* previó. Esto quiere decir que, cuando no opera la accesión discreta, no se debe a la in comerciabilidad de la cosa principal, sino a que el fruto carece de una concreta utilidad que prestar a la realización del fin impuesto al bien público del cual procede. Por otro, la accesión continua es la adquisición de la propiedad sobre todo lo que se junte o adhiera a la cosa permanentemente y operará tratándose de bienes nacionales, siempre que sirvan al destino de ella. Por ejemplo, el equipamiento urbano que adquiere una Municipalidad e instala en una plaza existente pasa a ser parte de esta cosa pública. En cuarto y último lugar, la inalienabilidad no se refiere a la prescripción y la posibilidad de poseer la cosa, pues esta es materia de la siguiente técnica demanial.

En Chile, no hay norma jurídica que expresamente disponga esta cualidad de los bienes nacionales. Sin embargo, aceptándose que estos son in comerciables, tal inalienabilidad resulta una forzada conclusión. Ello se desprende, además, del artículo 1465, N° 1, del Código Civil, el que dispone la ilicitud de la enajenación de una cosa que no está en el comercio (civil).

a.3. La imprescriptibilidad del dominio público.

La tercera técnica del subsistema de protección asignativa de los bienes públicos es la '*imprescriptibilidad*'. Mediante ella se excluye que los bienes de esta especie puedan

adquirirse por prescripción, es decir, por haberse poseído largo tiempo en las condiciones que la ley de cada país fije. Al no poderse estos usucapir, no podrán tampoco ser poseídos o, si se admite que puedan serlo, la misma será inútil pues no conduce a ganar la propiedad del bien nacional. Sin embargo, la doctrina previene que un particular podría prescribir a su favor un concreto uso privativo que haga de la cosa pública. Así, Marienhoff afirmó:

“Pero la imposibilidad de adquirir por prescripción las cosas dependientes del dominio público, sólo se refiere a la "propiedad" de las mismas, no a su "uso", pues ésta es susceptible de ser adquirido por ese medio jurídico, siempre y cuando el derecho objetivo lo autorice expresamente”⁸⁵.

Estoy en desacuerdo con el autor citado por los siguientes motivos. En la hipótesis que este describe, lo poseído no es el uso propiamente tal, sino el título que habilita para ello (permiso o concesión). Si el particular carece derechamente de título para el uso privativo, no cabe la prescripción por ser inexistente el objeto que pretende adquirir. Pero sí el título existe, pero está viciado, la cuestión se resuelve mediante la prescripción de la acción de nulidad de los actos estatales prevista en cada ordenamiento jurídico.

Una última consideración sobre el modo de adquirir en estudio es que, si bien el particular no puede prescribir la cosa de la Nación a su favor, ella sí puede usucapirla del particular. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando el Fisco haya comprado voluntariamente un terreno y luego haya construido una calle en él. Si el título estaba viciado de nulidad, la Nación no habrá adquirido la propiedad y, si el referido título se anula, el particular podrá reivindicarla. Pero si se sana el vicio por el transcurso del tiempo, la Nación puede alegar a su favor la prescripción adquisitiva en perjuicio del privado.

En Chile, la imprescriptibilidad de las cosas públicas se desprende, al igual que la inalienabilidad, de su carácter intransferible. El artículo 2498 del Código Civil dispone que se ganan por la prescripción los *“bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano”*. En cuanto a la procedencia en nuestro ordenamiento sobre

⁸⁵ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1777.

adquirir un uso privativo sobre bienes nacionales, ella dependerá del plazo de prescripción que se estime tenga la nulidad de derecho público. Esta materia es objeto de debate en Chile, pero su tratamiento excede los fines de esta investigación⁸⁶.

a.4. La tuición, cuidado y tutela administrativa.

La cuarta técnica para asegurar la asignación hecha a la Nación es la '*tuición, cuidado y tutela administrativa*'. El subsistema de protección asignativa no busca sólo mantener jurídicamente el bien público, es decir, que no se altere la situación de la Nación respecto del bien (propiedad). También persigue conservar materialmente este, para que continúe al servicio de los fines de la *publicatio*. En ambas materias de protección se otorgan potestades al Estado, las que son de ejercicio obligatorio por el interés público comprometido. Las mencionadas potestades son de dos naturalezas; por un lado, administrativas y, por otra, judiciales. La técnica que se estudia en este acápite es de la primera naturaleza mencionada, reservándose la revisión de la segunda clase al acápite siguiente.

La protección administrativa del dominio público se manifiesta en la tuición, el cuidado y la tutela, teniendo cada concepto un alcance preciso. El primero es la supervisión que un ente público hará de otros que administran dependencias demaniales, para asegurar la correcta marcha de esta administración. En Chile, este cometido lo tiene el Ministerio de Bienes Nacionales (artículo 1 del D.L. N° 1.939). El segundo, relativo al cuidado, se refiere a realizar las obras para habilitar o mantener la aptitud de la cosa para servir al fin público. En Chile, esta función compete a las Municipalidades (artículo 5, letra c, de la LOC de Municipalidades⁸⁷), excepto si la administración del específico bien público se entregó por ley a otro organismo. Cabe advertir que el deber de conservar la cosa pública normalmente trae aparejada la facultad de gestionar su disfrute administrativo, pero el análisis de este último se reserva para más adelante. En tercer y último lugar, la tutela se refiere a la defensa que la Administración puede

⁸⁶ Véase al respecto CONCHA Machuca, Ricardo. 2013. *El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de derecho público*. En Revista de Derecho, Vol. XXVI, N° 2, pág. 93-114.

⁸⁷ Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

procurarse a sí misma, impidiendo el mal uso, daño u ocupación de las cosas públicas. Por ejemplo, el ente público podrá caducar el título de uso privativo del que gozaba el particular, multarlo o auxiliarse de la fuerza pública para desalojarlo. Este privilegio administrativo, no obstante, encuentra una especial limitación en que la sanción y el procedimiento para imponerla esté previsto expresamente en la ley. De manera que si la norma, en caso de ocupación ilegítima, meramente faculta para multar, quedará vedado ordenar directamente a las fuerzas policiales que desocupen el bien. En Chile, por ejemplo, si bien las Municipalidades administran los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna a su cargo, no pueden ordenar desalojos. Esta competencia corresponde a los Gobernadores, de acuerdo al artículo 4, letra h), de la LOC de Gobierno y Administración Regional⁸⁸. Con la modificación introducida a esta última norma jurídica por la Ley N° 21.073 y una vez que entre en vigencia, esta facultad pasará al Delegado presidencial provincial. Otro ejemplo es el artículo 138 del Código de Aguas, que permite al Director General de Aguas, para el cumplimiento de sus resoluciones, multar a particulares y ordenar *“la ejecución de las medidas, acciones u obras que correspondan por parte del mismo Servicio o por parte de la Dirección de Obras Hidráulicas o cualquier otro servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas”*. Sin embargo, no se encuentra facultado para auxiliarse de la fuerza pública, por lo que para este objeto el Director General de Aguas deberá acudir al Gobernador respectivo y, en el futuro, al Delegado presidencial provincial, de acuerdo a lo ya dicho.

a.5. Las acciones judiciales protectoras del dominio público.

La quinta y última técnica para resguardar la asignación de los bienes nacionales son las *‘acciones judiciales protectoras’* previstas en la legislación. Ellas se pueden catalogar en dos clases. Por un lado, las acciones que directamente amparan el dominio público y son de naturaleza civil, infraccional y penal. Por otro, las contenciosas-administrativas y cautelares, que defienden indirectamente el bien público, mediante el control de los actos del órgano que lo tiene a su cargo.

⁸⁸ Ley N° 19.175 Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.

En esta taxonomía de acciones, las que más revuelo causaron en la doctrina fueron las de índole civil y, particularmente, las dominicales y posesorias. Marienhoff señalaba sobre ello:

“Hay quienes sostuvieron que al Estado no le corresponden esas acciones de derecho común, porque estando los bienes dominicales fuera del comercio, no pueden ser objeto de propiedad o posesión ni aun para el Estado. Si bien en otra oportunidad me incliné hacia la tesis que le negaba al Estado la posibilidad de ejercitar acciones petitorias o posesorias en defensa de dependencias del dominio público, hoy, después de un nuevo análisis de la cuestión y luego de un estudio integral de la materia, he cambiado de opinión. Pienso, pues, que, aparte de la autotutela administrativa, en defensa o protección del dominio público el Estado puede promover ante los órganos judiciales las acciones petitorias o posesorias pertinentes”⁸⁹.

El problema que presentan las acciones en comento respecto de bienes nacionales es la posesión de estos últimos. La acción reivindicatoria se interpone por el propietario que carece de la posesión, contra el poseedor que no es dueño, para recuperar la cosa objeto de dominio⁹⁰. Las acciones posesorias, en cambio, corresponden al poseedor despojado de la cosa o que teme ello, para que el arrebatador se la restituya⁹¹. En todos estos arbitrios judiciales, el legitimado pasivo es el poseedor de la cosa. Al tratar la imprescriptibilidad de los bienes públicos, se expresó que existían dos opciones: estas no eran susceptibles de posesión o que, siéndolo, esta era inútil. Para que las acciones dominicales o posesorias sean procedentes tratándose de bienes nacionales, estimo que deben poder poseerse, lo que ocurrirá cuando una persona las sustraiga de su fin público con ánimo de señor y dueño. Esta conclusión no le permitirá usucapir la cosa a su favor, pero sí habilitará al ente público para que, si el sistema jurídico no le permite tutelarse a sí mismo, pueda recuperar la cosa a su cargo⁹².

⁸⁹ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1783.

⁹⁰ Véase los artículos 893 y 895 del Código Civil.

⁹¹ Véase el artículo 921 del Código Civil.

⁹² Véase MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1783.

En Chile, esta discusión se ha dado a partir del artículo 948 del Código Civil, relativo a los bienes nacionales de uso público. Esta acción se otorga a las Municipalidades y “a cualquier persona del pueblo”, para seguridad de la cosa misma o de quienes transitan por ella, para ejercer los mismos “derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados”. La incertidumbre que causa esta norma es si las acciones que otorga son los interdictos especiales⁹³ (denuncias de obra nueva y ruinosa, etc.) o también los generales⁹⁴ (querellas de amparo, restitución y restablecimiento). Esta discusión es tratada con claridad y profundidad por Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic Haklicka, la que por ello se transcribe *in extenso*:

“El criterio restringido se funda en que la mencionada acción popular, como contenida en este último Título, sólo puede aludir a las acciones que en el mismo se tratan, y no a las acciones posesorias del otro Título (de amparo, de restitución y de restablecimiento), y en que, además, la acción popular se concede en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público para seguridad de los que transitan por ellos. La interpretación contraria, acogida por la Corte Suprema, declara que, según el tenor de la ley, la municipalidad y cualquiera persona del pueblo tienen, mediante la acción popular de que se habla, “los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados”, sin limitación alguna, y esos derechos son los de instaurar todas las acciones posesorias que correspondan, tanto comunes o generales como especiales. “El propósito del legislador –explica la Corte Suprema– está de manifiesto en el concepto principal del artículo 948, que otorga a cualquiera persona del pueblo en favor de los caminos, plazas y otros lugares de uso público, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados; y este propósito se comprende sin esfuerzo, porque el carácter distintivo de los bienes de uso público es el de que están destinados al servicio de todos y cada uno de los habitantes, de lo que se desprende que hay interés inmediato de cualquiera

⁹³ Título XIV del Libro II del Código Civil.

⁹⁴ Título XIII del Libro II del Código Civil.

*persona del pueblo en que esos bienes se mantengan para el fin a que fueron destinados*⁹⁵.

Las acciones infraccionales serán procedentes en los casos que los actos administrativos no sean ejecutorios o sólo lo sean impropia. Este último caso se da cuando el órgano pueda impartir una instrucción al particular, por ejemplo, que abandone el inmueble demanial, pero no pueda forzarlo a ello en caso de desacato. En cambio, las acciones penales son siempre competencia de los tribunales, por el principio de jurisdiccionalidad de la pena. En Chile, es posible dar los siguientes dos ejemplos de acciones infraccionales y penales que protegen el dominio público. En primer lugar, el artículo 138 del Código de Aguas, que faculta al Director General de Aguas para ordenar ejecutar medidas, acciones u obras a los servicios dependientes del Ministerio de Obras Públicas. Por ejemplo, un particular realiza obras en el cauce de un río, sin permiso, y esta Dirección ordena su demolición a una las reparticiones de tal Ministerio. El mismo precepto la faculta, además de cobrar una multa al particular infractor, para determine el valor de las medidas, acciones u obras que haya dispuesto. La resolución que al efecto dicte servirá de título ejecutivo para su cobro, lo que quiere decir que la misma tiene una ejecutoriedad impropia, es decir, se impone al particular, pero si desacata debe el ente requerir su cumplimiento al juez. En segundo lugar, el artículo 462 del Código Penal, al sancionar con presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales al “*que destruyere o alterar términos o límites de propiedades públicas o particulares*”.

Finalmente, restan por referirse a las acciones que tutelan indirectamente el dominio público, que son las contencioso-administrativas y las cautelares. Por las primeras se impugna la validez de un acto administrativo que el ente a cargo de una dependencia demanial dicta ejerciendo sus potestades. Las segundas persiguen impedir que dichos actos afecten derechos y garantías constitucionales, pero también que otros particulares realicen actos en los bienes públicos que amedrenten tales derechos y garantías. En Chile, un ejemplo de contencioso-administrativo respecto del dominio

⁹⁵ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. SOMARRIVA Undurraga, Manuel. VODANOVIC Haklicka, Antonio. *Tratado de los Derechos Reales*. Tomo II. 2005. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 6° Edición, p. 251-252.

público es el artículo 137 del Código de Aguas. Este dispone que las resoluciones del Director General de Aguas serán reclamables ante la Corte de Apelaciones de Santiago, mientras que las dictadas por los Directores Regionales de ese organismo ante las Cortes del lugar en que dictaron la resolución. En cuanto a las acciones cautelares, el ejemplo paradigmático del ordenamiento nacional es la acción de protección de garantías fundamentales prevista en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

b. El subsistema de disfrute administrativo.

El fin del segundo subsistema es implementar la '*cuestión de funciones*' resuelta por la *publicatio*. Esta consistía en dirimir si el provecho de los bienes públicos se obtenía por medio del Derecho civil o administrativo, optándose por este último. De manera que el segundo subsistema consiste en la realización administrativa del disfrute de la cosa pública previsto en la ley. Este sistema es plural, pues dependerá de cada concreta finalidad que se haya perseguido con la *publicatio* de un bien. Sin embargo, es posible agruparlos en tres categorías (uso directo, indirecto y privativo), las que pasan a estudiarse. Cabe advertir que, en cada categoría de disfrute, la Administración se encuentra revestida de las potestades para ponerlo en funcionamiento. Pero si el mismo se ve restringido o impedido, no es materia de este subsistema, sino del anterior que debe resguardar la decisión asignativa. Así lo hará a través de la tuición, cuidado y tutela administrativa y las acciones judiciales protectoras.

Otro aspecto previo a considerar es que las categorías de disfrute fueron también abordadas al hablar del elemento finalista del dominio público. Sin embargo, ese estudio fue abstracto, pues se ceñía a la *publicatio*, por lo que en esta parte corresponde estudiar sucintamente la concreción de esa voluntad legislativa.

b.1. El uso directo: principios y clases.

En primer lugar, una forma de disfrute es el '*uso directo*', también llamado '*común*', el que Marienhoff conceptúa de la siguiente forma:

“¿Qué se entiende por ‘usos comunes’ del dominio público? Son los que pueden realizar todos los hombres por su sola condición de tales, sin más requisito que la observancia de las disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por la autoridad”

Por ejemplo, el uso común de las calles y caminos es el desplazamiento, el de una plaza el esparcimiento y el de un monumento su observación. En todos estos casos, el uso de la cosa pública cumple con una serie de principios, los que pasan a enumerarse y comentarse brevemente. En primer lugar, es anónimo, pues los usuarios son todos los habitantes del Estado y no un sujeto individualizado. En segundo lugar, es colectivo, al poderse usar la cosa conjuntamente por todos los habitantes. No obstante, ello no significa que su empleo sea ilimitado, pues el dominio público se ejerce sobre cosas apropiables, las que tienen por tanto una capacidad máxima de ocupación, como ocurre al congestionarse una calle. Esta acotación no priva al bien nacional de su carácter colectivo, en atención al siguiente principio sobre su uso. En tercer lugar, es temporal, ya que los individuos miembros de la comunidad no retienen permanentemente la cosa, ni pueden hacerlo. La ocupación de ella está reducida al tiempo en que se encuentren empleándola y sin que puedan excluir el goce legítimo de otros. En cuarto lugar, el derecho del miembro de la comunidad a usar el bien no se extingue por un plazo o condición, ni por su no empleo. Sin embargo, el disfrute de una concreta dependencia demanial si puede estar sujeto a plazo o condición. Así ocurre con el horario de funcionamiento de un parque o con el derecho que debe pagarse para acceder a él. Esto comprueba también que el uso gratuito de los bienes públicos no es de la esencia de esta forma de disfrute, sino sólo un elemento natural y que, por tanto, puede ser modificado por la ley o la Administración (si el ordenamiento jurídico no se lo prohíbe). En quinto lugar, el derecho de usar los bienes nacionales es personalísimo, ya que no puede transferirse o transmitirse. Finalmente, el uso común que se permite es el llamado normal o natural, de acuerdo al destino que la cosa tenga. Esta característica es un criterio de control para el uso hecho por los miembros de la comunidad, para que el mismo no perjudique las condiciones materiales del bien o desvíe el fin que tiene en perjuicio de otros.

El uso común puede clasificarse en general o especial, atendido si tal uso se realiza o no por medios peligrosos. En la negativa, como cuando transita un peatón, no se deberán guardar más normas que la normalidad o naturalidad del uso y las reglas de policía respecto al orden público. En cambio, en la afirmativa, como cuando se conduce un vehículo, este constituye una fuente de peligro y por tanto el particular se sujetará a normas adicionales. El fin es que con el empleo de ese medio no perjudique a otros en el disfrute de la cosa pública.

Finalmente, resta por referirse a la naturaleza del derecho de los miembros de la comunidad a usar la cosa pública y la protección del mismo. En esta materia, Marienhoff⁹⁶ llega a la conclusión de que es una emanación de la libertad personal. Excluye para ello considerar el uso común como un derecho real, pues contraviene la inalienabilidad del bien nacional. Además, niega que se trate de un derecho a un servicio público, pues no toda cosa afecta al uso común requiere estar especialmente adaptada a ese fin, como ocurre con el agua. Una vez establecida la naturaleza jurídica del mismo, distingue dos niveles en que se presenta la cuestión de la protección del uso común hecho por un miembro de la comunidad. En primer lugar, por la afectación del bien al uso público o la cesación de esta destinación, caso en que concluye hay un mero o simple interés, que no faculta al particular para impedir una u otra decisión. El motivo es que la potestad de ocupar los bienes nacionales no trae consigo la de imponer la configuración de los espacios comunes de la sociedad. En segundo lugar, las restricciones que individualmente pueda sufrir, como cuando se le impide ingresar a un parque o transitar por una carretera. Estas si se encuentran resguardadas porque violentan derechamente la libertad personal que fundamental el uso que hace de los bienes públicos. En Chile, el mecanismo por excelencia que protege ello es la Acción de Amparo prevista en el artículo 21 de la Constitución Política de la República.

b.2. El uso indirecto.

En segundo lugar, otra forma de disfrute es el '*uso indirecto o mediato*'. En este caso, el disfrute de la comunidad se realiza porque el órgano la usa en la prestación del

⁹⁶ Ver MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1793.

servicio que entrega. Como ya se señaló, no cualquier bien puede abstractamente adscribirse a un servicio público. La cosa, para ser parte del demanio, debe ser permanente e irremplazable, pero si además se destina al servicio de un ente público, debe ser el preciso objeto que presta o el medio indispensable para ello.

Al destinarse un bien nacional a un servicio público, el uso que se hará de ella participada de las características de este servicio. Ello quiere decir, por ejemplo, que el uso indirecto es continuo, a diferencia del uso común que siempre era temporal. Además, si bien el uso directo e indirecto son anónimos, este último puede no ser colectivo, si la cosa no admite simultaneidad en su uso, como los libros de una biblioteca. Enseguida, los miembros de la comunidad no tienen un derecho directo e inmediato al uso de la cosa, como ocurría en el uso común. Tratándose del uso indirecto, lo que tienen en su lugar es el derecho a recibir las prestaciones del servicio público, siempre que se cumplan los requisitos para ello. Finalmente, el uso que se hará del bien nacional destinado al servicio público también deberá ser normal o natural. Sin embargo, este ya no es un control al particular, sino al órgano que lo tiene a cargo para usarlo en el servicio, pues servirá para juzgar cuando ha incurrido en desviación de poder.

b.3. El uso privativo por particulares: permisos y concesiones.

La siguiente forma de disfrute es el '*uso privativo por particulares*', el que Marienhoff define como:

“El que únicamente pueden realizar aquellas personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme al ordenamiento jurídico correspondiente”⁹⁷.

Ejemplos de uso privativo son la instalación de un kiosco en una plaza o la desviación de aguas de un río para regar un predio. El disfrute privativo no es anónimo ni colectivo, sino que el titular exclusivo del mismo es perfectamente individualizable. El título del particular podrá permitirle usar temporal o permanentemente el bien público, pero el

⁹⁷ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1807.

título mismo estará normalmente sujeto a un plazo de extinción, aunque también se han otorgado a perpetuidad. Sin perjuicio de ello, el mentado título estará siempre afecto a condiciones, de las cuales pende su caducidad. Por este motivo es que los títulos de uso privativo no son irrevocables. Además, tal título puede o no ser personalísimo, según si admite ser transferido o transmitido, lo que determina cada ordenamiento jurídico.

La posibilidad de constituir usos privativos respecto de un bien nacional y las restricciones que tendrá dependen del fin de la *publicatio*. Existen cosas públicas que no admiten disfrutarse privativamente, como las obras cuyo derecho de autor se extinguió. En otros casos es admisible, pero no siendo el uso privativo el fin de la *publicatio*, deberá hacerse este uso en forma compatible con el disfrute directo o indirecto de los demás habitantes. Finalmente, existen bienes públicos cuyo fin es organizar administrativamente su explotación. En ese evento, la compatibilidad del uso privativo no se establecerá respecto a otras formas de disfrute de la cosa pública, sino en relación a la decisión legislativa de explotarla, lo que justifica las medidas que un ordenamiento prevea para conseguir directa o indirectamente ese fin. Así ocurre en Chile, por ejemplo, con los artículos 129 bis y siguientes del Código de Aguas, que tratan del pago de patente por no utilización del recurso hídrico comprendido en el derecho de aprovechamiento.

El particular siempre requerirá un título para usar privativamente un bien nacional, a diferencia de lo que ocurre con el uso directo o indirecto. En estos últimos casos, no se requiere título alguno porque la persona disfruta la cosa como miembro de la Nación, la que es dueña del bien. En el uso privativo, en cambio, el interés de la persona se contrapone al de la comunidad, por ello es que necesita el consentimiento de esta última para realizarlo. El Estado, como natural representante de esa comunidad, es quién dará forma jurídica a ese título y lo otorgará o rechazará de acuerdo al ordenamiento jurídico.

Los títulos de uso privativo son el '*permiso*' y la '*concesión*'. Cada cual tiene características que lo definen, materia que denominaré '*títulos comunes*', en oposición a lo que estimo son '*títulos especiales*'. Estos últimos, aunque también son permisos

o concesiones, la ley los regla para una específica dependencia demanial, imprimiéndoles cualidades propias. De manera que, a continuación, se estudiarán estos títulos comunes y, luego, se hará una sucinta referencia a los títulos especiales previstos en el Derecho chileno.

El '*permiso*' y la '*concesión*' se pueden definir cómo títulos que habilitan al particular para usar privativamente una porción del dominio público. La diferencia entre ambas estriba en la naturaleza jurídica del título y los derechos emergentes del mismo para el particular. El permiso es un acto administrativo unilateral, el cual no entrega una situación estable para el particular, pues de ella no surge un derecho intangible, sino que precario. Como correlato, la Administración no tiene el deber de mantener al particular en el uso privativo, sino que meramente lo tolera, razón por el cual puede exigir la restitución de la cosa en cualquier tiempo y sin indemnización. En relación a la concesión, se discute si su naturaleza jurídica es la de un acto administrativo unilateral, un contrato administrativo o si participa de ambas⁹⁸. Cualquiera sea la doctrina que se adopte, la concesión otorga una situación estable al particular, pues de ella emergen derechos intangibles y el correspondiente deber de la Administración de respetarlos. Ello explica porque las concesiones se otorgan regularmente a un plazo fijo, por extenso que sea, mientras que los permisos pueden darse sin plazo alguno. Cabe señalar que, si bien la concesión otorga derechos intangibles, la Administración puede terminarla anticipadamente, por exigirlo el interés público, pero en ese caso deberá indemnizar al particular. En síntesis, el particular tiene un derecho real administrativo sobre la concesión, del cual carece tratándose del permiso por la precariedad del mismo.

En Chile, la herramienta común para otorgar usos privativos sobre cosas públicas se encuentra en el artículo 36 de la LOC de Municipalidades⁹⁹. Este dispone que los bienes nacionales de uso público a cargo de esa entidad edilicia "*podrán ser objeto de concesiones y permisos*".

⁹⁸ Véase MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1822.

⁹⁹ Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Finalmente, los títulos especiales de usos privativos, contemplados para específicas dependencias demaniales, dependen de cada ordenamiento jurídico. En el Derecho chileno, el siguiente cuadro sintetiza los principales títulos especiales y la norma legal que los reglamenta:

TÍTULO ESPECIALES	FUENTE LEGAL
Concesiones mineras	Constitución, LOC de Concesiones Mineras ¹⁰⁰ y Código de Minería
Derechos de aprovechamiento de agua	Código de Aguas
Concesiones de energía hidroeléctrica	Ley General de Servicios Eléctricos ¹⁰¹
Concesiones y permisos marítimos	Ley de Concesiones Marítimas ¹⁰²
Permiso de uso de faja de camino público	Ley de Caminos ¹⁰³
Concesiones y permisos de telecomunicaciones	Ley General de Telecomunicaciones ¹⁰⁴ y Ley del Consejo Nacional de Televisión ¹⁰⁵
Concesiones de subsuelo de bienes nacionales de uso público	LOC de Municipalidades ¹⁰⁶
Concesiones de energía geotérmica	Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica ¹⁰⁷

¹⁰⁰ Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

¹⁰¹ El D.F.L. N° 4 de 2007, fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 1 de 1982 de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos.

¹⁰² D.F.L. N° 340 de 1960 de Hacienda, Ley de Concesiones Marítimas.

¹⁰³ El D.F.L. N° 50 de Obras Públicas, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley del Ministerio de Obras Públicas (Ley N° 15.840) y la Ley de Caminos (D.F.L. N° 206 de 1960 de Obras Públicas).

¹⁰⁴ Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones.

¹⁰⁵ Ley N° 18.838, crea el Consejo Nacional de Televisión.

¹⁰⁶ Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

¹⁰⁷ Ley N° 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmica.

b.4. El uso privativo por el Estado.

Estimo que existe una última forma de disfrute del dominio público, que es el hecho exclusivamente por el Estado y que se presenta en dos hipótesis.

En primer lugar, cuando la Administración restringe el demanio para concordar el fin de este con otro interés público que debe perseguir. Así ocurre, por ejemplo, cuando un servicio público repara un inmueble fiscal, ocupando en las obras momentáneamente parte de la calle o camino. Otro caso se da al ocuparse estas vías con postes que pertenezcan a un servicio público a cargo del suministro eléctrico domiciliario. En todas estas situaciones, el Estado se encuentra en una situación similar a la de los particulares que usan privativamente un bien nacional. Por ello, estimo que, *prima facie*, el disfrute estatal hecho para fines distintos a los previstos en la *publicatio* se regirá por iguales normas que el uso privativo de particulares. Sin embargo, no debe olvidarse que la Administración está obligada a perseguir intereses públicos, a diferencia del particular que actúa en interés propio. Esto significa que la igualdad entre públicos y particulares, en el uso privativo de bienes nacionales, podrá romperse mediante cargas o privilegios administrativos, siempre que sea justificado. Ello ocurrirá si es racional, adecuado, necesario y proporcional romper tal igualdad para realizar el interés público que el ente estatal tiene en el uso privativo del bien nacional.

En segundo lugar, el Estado también podrá usar privativamente el dominio público, cuando el fin de la *publicatio* sea explotar la cosa. Esto puede realizarse mediante dos mecanismos. El primero de ellos es otorgar títulos que habiliten la explotación del bien a quienes se encuentren interesados en ello, sean particulares, el Fisco o empresas estatales. En este evento, el fomento es el fin de la *publicatio*, es decir, incentivar la explotación del bien público, pero no hacerla directamente. Las consideraciones hechas sobre la igualdad de particulares y públicos en el uso privativo del bien nacional y las situaciones en que ella puede romperse son totalmente aplicables a esta materia. En Chile, ejemplo de este primer mecanismo es la minería de sustancias concesibles,

las que hoy en día son la regla general¹⁰⁸. El artículo 22 del Código de Minería estatuye una amplia capacidad para ser titular de derecho mineros. Por otro lado, el inciso cuarto del artículo 5 de la LOC de Concesiones Mineras¹⁰⁹ obliga al Estado a ceñirse al mismo régimen que los particulares respecto de estos minerales:

“Si el Estado estimare necesario ejercer las facultades de explorar con exclusividad y explotar sustancias concesibles, deberá actuar por medio de empresas de las que sea dueño o en las cuales tenga participación, que constituyan o adquieran la respectiva concesión minera y que se encuentren autorizadas para tal efecto de acuerdo con las normas constitucionales vigentes”.

El segundo método por el cual puede realizarse el fin de explotar bienes públicos, es que esta tarea sea asumida monopólicamente por la Administración, mediante un servicio público o una empresa estatal. Estos últimos podrán regirse por el Derecho público o privado, lo que no afecta el régimen del bien demanial que emplean como insumo esencial. Es indiferente que la ley permita o no recurrir a la colaboración de los privados en esta materia, siempre que ella no sea obligatoria, pues en ese caso se está frente al primer método de explotación de bienes nacionales. Además, a diferencia de este primer método, que perseguía el fomento, el segundo mecanismo busca la empresa o industria pública. Finalmente, mientras el primer método requiere que se otorgue un título habilitante en cada caso que se emprenda la explotación del bien público, en el segundo mecanismo la *publicatio* es habilitación suficiente para toda explotación por el servicio o empresa pública. En Chile, ejemplo de este segundo mecanismo es la minería de sustancias no concesibles. De acuerdo al artículo 19, número 24, de la Constitución Política de la República, y al inciso cuarto del artículo 3 de la LOC de Concesiones Mineras¹¹⁰, existen cuatro sustancias no concesibles en el territorio nacional. Estas son los hidrocarburos líquidos o gaseosos, el litio y los yacimientos de cualquier especie ubicados bajo las aguas marítimas chilenas o en

¹⁰⁸ Véase inciso segundo del artículo 3 de la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

¹⁰⁹ Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

¹¹⁰ Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional. En todos estos casos, la explotación está reservada a la Administración, quién puede emprenderla por sí o mediante una empresa estatal. También puede aceptar la colaboración de particulares, mediante concesiones administrativas o contratos especiales de operación, pero no está obligado a ello. Los requisitos y bases de estos títulos son fijados por decreto supremo del Presidente de la República, quién además puede terminarlos en cualquier tiempo, sin expresar causa, e indemnizando al particular a quien previamente se lo hubiere concedido.

c. El subsistema de mutabilidad administrativa.

Finalmente, el '*subsistema de mutabilidad administrativa*' tiene lugar respecto de dos especies de cosas públicas. Por un lado, las cosas que requieren una especial adaptación para servir al fin público. Las aguas, por ejemplo, no requieren esta adaptación porque su presentación natural es suficiente para realizar los fines de la *publicatio* de ellas. En cambio, una calle o una plaza requieren obras o trabajos previos que habiliten la superficie para el tránsito o el esparcimiento. Por otro, cuando se destine a un servicio público, de manera que la Administración debe determinar como la cosa se integra a tal servicio. Por ejemplo, un área silvestre puede o no estar protegida y, en la afirmativa, la Administración decidirá el manejo que le dará.

En ambas clases de cosas es insuficiente la mera *publicatio* de la ley, pues se requiere que la Administración la ponga en ejecución. Así, por ejemplo, constatando que las obras o trabajos son suficientes, el ente público afectará la plaza al esparcimiento común. Otro caso es cuando, adoptada la decisión de conservar un bosque, este se adscribe al '*Sistema de Áreas Silvestres Protegidas del Estado*' y se fija el plan de manejo que dará al mismo. Sin embargo, tal como la Administración fue quién determinó en estos casos la forma en que se ejecutaba la *publicatio*, puede cambiar esa decisión. Por un lado, podría estimar que la cosa deba servir a otro uso o servicio, lo que ocurre cuando una plaza es demolida para abrir una calle. En esta situación, la superficie sigue regida por el dominio público. Por otro, la Administración puede optar porque la concreta cosa no siga destinada a los fines demaniales y vuelva al patrimonio

fiscal, regido por el Derecho civil. Esto ocurre cuando retire un bosque del sistema de protección estatal y se destina a una empresa pública de producción maderera, que opera compitiendo con otros privados en ese rubro.

Las situaciones descritas se realizan mediante tres técnicas de mutabilidad administrativa del dominio público, las que pasan a estudiarse someramente.

c.1. La afectación.

La primera de las técnicas de mutabilidad demanial es la ‘*afectación*’, la que consiste en la incorporación de la cosa al demanio hecha por el poder público. Las formas en que éste último puede realizar tal incorporación son descritas por Marienhoff:

“La afectación puede efectuarse por ley, por acto administrativo o por hechos de la Administración. Esto es fundamental para determinar la naturaleza jurídica de la afectación, naturaleza que no es otra que la de un acto legislativo, la de un acto administrativo o la de un hecho jurídico, según los casos”¹¹¹.

Son tres los comentarios que debo formular a la cita hecha. En primer lugar, la *publicatio* es la que asigna demanialidad a un bien, pero la afectación es la que efectivamente lo incorpora al régimen demanial. Cuando la *publicatio* se basta a sí misma, no requiriendo ejecución de la Administración, valdrá también como afectación. Sin embargo, esa circunstancia no es la materia de este apartado, en que se tratan las potestades administrativas relativas al dominio público. En segundo lugar, el autor señala que los bienes puedan quedar afectos a fines públicos por hechos, los que sólo pueden provenir de la Administración y nunca de privados. Tales hechos consisten en conductas materiales de los entes públicos, como entregar una superficie al disfrute general, pero omitiendo el acto jurídico que manifiesta tal destinación. Estoy en desacuerdo con este entendimiento, pues conlleva un ejercicio tácito de potestades públicas, que la ley normalmente no prevé. Los poderes estatales deben ejercerse por actos expresos, previa formación de la voluntad del órgano mediante el procedimiento

¹¹¹ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1740.

previsto en el sistema jurídico. En tercer lugar, un bien puede ser incorporado al demanio por acto formal de la Administración, cuya cobertura de juridicidad se encuentra en la *publicatio*. Esta es la afectación propiamente tal.

La doctrina¹¹² estima que el ejercicio de la potestad de afectar bienes al dominio público está sujeta a ciertos requisitos. Primero, la existencia de una manifestación expresa y formal de voluntad de la Administración. Segundo, que la cosa objeto de la afectación esté en poder del Estado por un título originario o traslativo de dominio, lo que tiene dos consecuencias. Por un lado, la potestad de afectación no se extiende a bienes en poder de particulares y, por otro, toda cosa pública integró el patrimonio fiscal antes de su afectación. Tercero, que la destinación sea actual y efectiva, pues las potenciales o futuras no cumplen la condición de ser apta la cosa para servir al demanio.

Es necesario distinguir afectación y destinación como técnicas del Derecho administrativo sobre las cosas. En ambas se produce una vinculación del bien a un fin público, como lo es prestar un servicio, pero se distinguen en el efecto que tienen sobre el régimen que gobierna la cosa. En la afectación, ella será sustraída del patrimonio fiscal e integrada al dominio público. En cambio, la destinación no altera el régimen jurídico de la cosa, la que continuará siendo de naturaleza fiscal.

En Chile, las formas esenciales en que la Administración afecta bienes al dominio público son la aprobación o modificación de un plan regulador comunal¹¹³, la recepción de obras de urbanización¹¹⁴ y el decreto del Ministro de Bienes Nacionales¹¹⁵.

c.2. La desafectación.

La segunda técnica de mutabilidad demanial es la '*desafectación*'. Los bienes pierden su condición demanial por hechos o decisión de la autoridad. Son del primer tipo

¹¹² Véase MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1745.

¹¹³ Véase art. 61 del D.F.L. N° 458 de 1975 de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

¹¹⁴ Véase el art. 135 del D.F.L. N° 458 de 1975 de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

¹¹⁵ Véase el art. 64 del D.L. N° 1.939 de 1977 de Tierras y Colonización, Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado.

aquellos sucesos que destruyen la cosa o la dejan inservible para continuar sirviendo al fin público que motivó su integración al demanio. Del segundo tipo son los actos del poder público que, conservando materialmente la cosa, la sustraen del régimen demanial y la entregan al patrimonio fiscal. Se trata, por tanto, de una decisión que reversa la afectación previa de la cosa.

La principal cuestión que suscita la desafectación del dominio público es quién puede realizarla. El principio en la materia es que la cosa será sustraída del régimen demanial por el mismo órgano que la incorporó a él previamente. Por tanto, si la *publicatio* vale como afectación, sólo el Legislador podrá desafectar el bien. En cambio, en los casos en que la integración al dominio público resulta de la *publicatio* y posterior ejecución de ella por acto administrativo, la desafectación podrá ser obra tanto del Legislador como de la Administración. Así será, por ejemplo, cuando el Parlamento derogue la norma que hacía demanial la cosa o si la Administración dicta un acto de contrario imperio que haga retornar tal cosa al patrimonio fiscal.

Las diferencias antes hechas entre actos de afectación y destinación de bienes son también aplicables a la desafectación y cese de destinación. En consecuencia, la desafectación mudará el régimen de la cosa, desde el dominio nacional al patrimonio fiscal. La cesación de la destinación, en cambio, no alterará el régimen fiscal del bien.

Finalmente, en Chile, los métodos esenciales por los que se sustraen bienes del dominio público son la modificación de un plan regulador comunal¹¹⁶ y el decreto fundado del Ministro de Bienes Nacionales, conjuntamente con el Ministro de Vivienda y Urbanismo o el de Obras Públicas, según corresponda¹¹⁷.

c.3. La mutación propiamente tal.

Finalmente, la tercera técnica es la '*mutación propiamente tal*' del dominio público. Esta consiste en sustituir una forma de disfrutar la cosa por otra, pero conservando la

¹¹⁶ Véase art. 61 del D.F.L. N° 458 de 1975 de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

¹¹⁷ Véase el art. 64 del D.L. N° 1.939 de 1977 de Tierras y Colonización, Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado.

pertenencia de ella al dominio público. Así ocurre cuando una plaza es demolida para abrir calles. La mutación propiamente tal constituye una desafectación y afectación simultánea, de manera que lo ya estudiado sobre cada uno de estos actos resulta aplicable en esta materia.

CAPÍTULO II.

EVOLUCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Una teoría jurídica es la forma en que una parte de la realidad es recogida, explicada y valorada por el Derecho. Su formulación y estudio es una labor intelectual, que se conecta con el entorno de dos maneras. Primero, aceptando que las condiciones materiales que el Derecho recoge son esencialmente variables. Segundo, quienes razonan son humanos y, por tanto, susceptibles a las ideas que están de boga en una época. Ambas consideraciones demuestran la contingencia de las teorías jurídicas y el motivo de su continua y permanente revisión. Los autores de hoy vuelven sobre los estudios del pasado, aprendiendo de los errores ya cometidos, recogiendo lo útil y depurando confusiones. Comprender una teoría jurídica, en consecuencia, requiere avocarse a la evolución que vivió.

Para este fin, se estudiarán los antecedentes romanos, el retroceso altomedieval de la técnica jurídica y la recepción de las fuentes antiguas durante la Baja Edad Media. Enseguida, se analizará a quienes teorizaron en la materia durante el Antiguo Régimen y el impacto subsiguiente de la Revolución francesa y el movimiento codificador. La doctrina contemporánea será luego profusamente abordada. Después, se hablará sucintamente de los textos positivos que hoy regulan el dominio público en Francia, España, Alemania e Italia, demostrando como esta evolución es hoy recogida por los Legisladores.

Finalmente, con el conocimiento proveído por este estudio, criticarán las concepciones doctrinarias del dominio público y, a partir de ello, expondré lo que estimo es la correcta naturaleza jurídica de esta institución.

1. El Derecho romano.

El derecho romano constituye los cimientos de la tradición continental. Una referencia histórica de cualquier institución jurídica tiene, por ende, obligado inicio en ese sistema y el dominio público no es excepción. Parejo Alfonso, por ejemplo, sostiene que:

“En la posterior evolución histórica de la figura han sido tres, y no una, las instituciones romanas influyentes en la misma”.

Se refiere, en específico, a la clasificación de los bienes y su régimen, el *ager publicus* y el *fiscus*. Con esos componentes se explica *“la duplicidad de origen de las cosas públicas [en Roma]: por su titularidad (ager publicus) y por su destino (res publicae)”*¹¹⁸. Sólo el segundo, sin embargo, estaba sujeto a un régimen exorbitante (inalienabilidad e inembargabilidad). No obstante, conviene precisar que Roma no contó con una teoría del dominio público, ni se empleó tal concepto. Incluso, afirman Cordero y Aldunate:

*“En Roma no se conoció una definición de propiedad como la contenida en el Código francés o en el Código Civil chileno; ni siquiera, una definición como la de Bartolo: ‘dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur’*¹¹⁹¹²⁰.

Semejantes abstracciones no coinciden con el casuismo propio de los romanos. Serán los glosadores y postglosadores medievales quienes, recepcionando los elementos propios de Roma, elaboren las primeras teorías del dominio público.

a. Clasificación de las cosas y su régimen.

El Derecho romano es labor de jurisconsultos y pretores. Sus obras y edictos son, por ende, la fuente histórica a que acudir. De las muchas clasificaciones efectuadas por

¹¹⁸ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*. En Revista de Administración Pública, 100-102 (Enero–Diciembre), pág. 2388.

¹¹⁹ Trad. Libre: *“Dominio es el derecho de usar y disfrutar una cosa hasta donde lo permita la razón del derecho”*.

¹²⁰ CORDERO Quinzacara, Eduardo y ALDUNATE Lizana, Eduardo. 2008. *Evolución histórica del concepto de propiedad*. En Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Historia del Pensamiento Jurídico, Valparaíso, pág. 347.

ellos, son cuatro las que interesan a propósito del dominio público. La primera trata de si las cosas pueden o no ser apropiadas y, en la afirmativa, si ya lo han sido. Unas cosas son imposibles de apropiar, ya por ser comunes a todos (*res communis omnium*) o incommensurables (*res universalis*). Por ejemplo, la alta mar o el atardecer. Son cosas que, por sus condiciones físicas, no permiten usarlas excluyendo a otros. Existen también las que, pudiendo ser apropiadas, no lo han sido actualmente (*res nullius*), como los peces de un río. Una vez ingresen al patrimonio de una persona, se llamarán cosas privadas o singulares (*res privatae* o *singulorum*). En el siglo III, Marciano agrega a esta categoría las cosas universales (*res universitatis*), que consisten en aquellas poseídas en común por una ciudad, corporación o colectividad. La segunda clasificación se refiere a si la cosa se encuentra dentro del patrimonio de un individuo (*res intra patrimonium*) o no (*res extra patrimonium*). Son de ésta última clase, por ejemplo, las cosas que su dueño abandona (*res derelictae*). La tercera distingue si las cosas pueden ser objeto de actos jurídicos (*res intra commercium*) o si, por su destino, les está vedado (*res extra commercium*). En cuarto lugar y final, se presenta una categoría construida pensando el régimen jurídico que gobierna la cosa o bien. Según ello, las hay de derecho divino (*res divini iuri*) o humano (*res humani iuri*). Entre las cosas divinas se distingue a las religiosas (*res religiosae*) y sacras (*res sacrae*) de las santas (*res sanctae*). Las cosas humanas, en cambio, se dividen en las que sirven a privados (*res privatae*) y las que se destinan al pueblo romano (*res publicae*). Entre las últimas se distinguió entre las destinadas al uso (*in uso publico*) o al patrimonio o erario (*aerarium saturni*) del pueblo romano (*in pecunia populus*). Las primeras son usadas libremente por todos los ciudadanos, como el foro y las basílicas, y son incommerciables. Las segundas son gozadas patrimonialmente por el pueblo - mediante sus réditos-, por lo que quedan entregadas al tráfico privado.

Combinando las antedichas categorías, se obtiene una aproximada visión sobre el dominio público en Roma. Las cosas santas (por ejemplo, las puertas y muros de la ciudad) no pueden ser apropiadas, ni haber tráfico jurídico a su respecto, pues son naturalmente divinas (*res communis omnium*). En cambio, las cosas sacras y religiosas (como los templos y las sepulturas) exigen consagración previa (*consecratio*) y sólo así se vuelven incommerciables. Las cosas públicas, a su tiempo, requieren un acto

solemne (*dictatio*) para darlas en uso al pueblo romano o de lo contrario se entregarán al disfrute patrimonial del Estado. Las cosas universales, como el teatro de un municipio aliado, siguen la misma situación que las cosas públicas de la ciudad de Roma. En todos los casos descritos, se trata de “*cosas que normalmente pueden ser y son propiedad de cualquiera*”¹²¹, por lo que, sin su destinación, serían privadas y comerciadas. Con lo dicho, se obtienen dos conclusiones cruciales. Primero, las cosas sacras, religiosas, universales y las afectas al uso público del pueblo romano tienen un dueño (son apropiables). Segundo, a causa de su destino son intransferibles. Respecto al régimen que gobierna estas cosas, afirman Cordero y Aldunate:

*“Estos bienes se caracterizan por su uso y disfrute libre y gratuito para todos los miembros de la colectividad. Sobre estos bienes los particulares pueden ejercer todas aquellas facultades que estén conformes con la naturaleza y el destino de la res, con el único límite de no impedir el igual ejercicio de los demás. Por tal razón se crearon algunos interdictos para proteger el uso colectivo de estos bienes y las autoridades romanas asumieron el poder de conferir su uso exclusivo a través de concesiones administrativas, a pesar de que estaban sujetas a un régimen de extra commercium, que implicaba su inalienabilidad e imprescriptibilidad”*¹²².

b. El *ager publicus*.

Roma formó un extenso imperio. Sobre unas tierras ejercía un control indirecto al aliarse con los pueblos que las habitaban (*foedari*). Así ocurrió, por ejemplo, con la ciudad de Narbo en la Galia Narbonense (*Galicum Narbonensis*). Otros territorios, en cambio, fueron conquistados o heredados por Roma, quien se tuvo por propietaria de ellos. Sucedió así con el África cartaginesa o el reino de Pérgamo, en la costa egea de Anatolia. Estas tierras ganadas se llamaban *ager publicus* (tierra pública) y los romanos debieron decidir cómo aprovecharla. “*El mecanismo efectivamente desarrollado consistió en la retención de la propiedad [por el pueblo] y la transferencia*

¹²¹ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2384.

¹²² CORDERO Quinzacara, Eduardo y ALDUNATE Lizana, Eduardo. 2008. *Óp. cit.*, pág. 355.

[a ciudadanos] sólo de la posesión”¹²³. Semejante situación ha sido definida como propiedad provincial y es caracterizada por el romanista Samper en los siguientes términos:

“Consistía en la concurrencia del dominio del *Populus Romanus* sobre los fundos provinciales, con el derecho de pleno aprovechamiento de un particular que paga al Erario –y más tarde al Fisco- un *stipendium* o *tributum*”¹²⁴.

De acuerdo a lo descrito, el *ager publicus* es una cosa entregada al patrimonio de Roma (*in pecunia populus*). En consecuencia, el Estado la gestionará de acuerdo con el derecho civil (*ius quiritium*). Las fórmulas que inicialmente usó para disfrutar de la propiedad provincial fueron múltiples. El uso de una hacienda podía rematarse a cambio de un pago único (*ager quaestoribus*). También, se subastó su arrendamiento, obligándose el privado a pagar anualmente una renta (*ager locatus*), o se dieron en concesión, exigiendo un canon periódico (*ager scripturarius*). “Con el transcurso del tiempo, todas estas diversas figuras acaban confundándose [en época republicana] fundamentalmente en el *ager vectigalis*”¹²⁵. Este era el rédito periódico que el pueblo romano exigía, como dueño del fundo, a quién lo explotaba y que detentaba una calidad semejante al precarista. Si bien el Derecho quirritario privaba al usuario de acciones reales para amparar la finca que ocupaba, la práctica pretoria le entregó interdictos posesorios.

Con el advenimiento del Principado, se distribuyó el poder entre el Emperador y el Senado. Al primero tocan las provincias imperiales, dotadas de legiones al no hallarse pacificadas. Quienes a cualquier título ocupaban el *ager públicus* en esas provincias, debían pagar al Emperador el *tributum*. El Senado, en cambio, tenía a su cargo las provincias senatoriales, sin presencia militar. Los que aprovecharan el *ager públicus* existente en ellas estaban obligados a enterar el *stipendium* al mencionado senado romano. Una misma naturaleza tiene el *ager vectigalis* republicano con el *tributum* y

¹²³ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2386

¹²⁴ SAMPER Polo, Francisco. 2003 (2007). *Derecho romano*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2° Edición, pág. 166.

¹²⁵ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2387.

stipendium de la época imperial, pues son obligaciones civiles con el propietario (*dominus*) y no cargas impositivas.

Al transcurrir los siglos, se consolida “*la realidad creada, produciéndose la asignación en propiedad (sobre todo en la península itálica) de parcelas y, por tanto, la distinción entre suelo público (ager publicus) y privado (ager divisus et assignatus)*”¹²⁶. Quienes recibieron las tierras en dominio, contaron para su defensa con la *reivindicatio extraordinem*. Por su parte, el Estado romano, al perder la propiedad sobre el *ager publicus*, también queda privado de la justificación para cobrar el *tributum* y el *stipendium*. Ello no impidió, sin embargo, continuar exigiéndolo, ahora a título de impuesto.

En ciertas zonas del imperio –en especial el oriente del mismo– se tomaron otras opciones para asignar tierras, impidiendo el tránsito de la obligación civil al tributo. En estas, quienes tenían tierras en arrendamiento, las recibieron definitivamente en enfiteusis (*emphyteusis*). Este consiste en ceder el goce pleno de un inmueble a otro, quién se obligará a pagar un rédito periódico. Se trata de un derecho real en cosa ajena, como el usufructo, pero más amplio pues permitía mejorar la finca e incluso cambiarle su destino. El enfiteuta gozaba de ella, en definitiva, como verdadero propietario, mientras que el dueño sólo tenía derecho al rédito. Al enfiteuta se entregó inicialmente una *actio ficta*, llamada así pues se le tenía ficticiamente como dueño para defender su derecho. Con el tiempo, crecieron las acciones de que disponía, llamándolas acciones útiles (*actio utilis*), para diferenciarlas de las que correspondían directamente al dueño (*actio directum*). Esta situación descrita permitirá a quienes recepcionan el Derecho romano en la Edad Media afirmar la coexistencia de dos dominios. Recurriendo a los nombres de las acciones judiciales, dirán que existe un dominio útil, atribuido al enfiteuta, y otro directo, perteneciente al dueño. En estos sectores del Imperio, por tanto, la propiedad se había desdoblado aún antes de darse nombre a este fenómeno.

¹²⁶ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2387

c. El *fiscus caesaris*.

Natural es entender que, al distinguirse *stipendium* de *tributum*, fue también necesario diferenciar patrimonios. Al Senado correspondía el *aerarium saturni*, mientras que al Emperador el *fiscus caesaris*. Además, al último correspondía, también, el *patrimonium caesaris* o bienes personales. Estos dos últimos se tratan de una distinción de roles. Como autoridad pública, el Emperador contaba con bienes para ejecutar sus labores. No dejaba de ser, sin embargo, un privado también. Para la correcta marcha del Estado, ambos patrimonios no debían confundirse. Por ejemplo, sólo a los bienes del *fiscus caesaris* (y a algunos dentro de este), correspondía un régimen exorbitante (inalienabilidad, inembargabilidad). Semejante esquema, sin embargo, se pierde abruptamente con el Bajo Imperio (siglo III). “*Se consuma un proceso de consunción del aerarium (que, disminuido en importancia, queda como caja municipal de Roma) y, paralelamente, de crecimiento del fiscus*”¹²⁷. El despotismo que marcó políticamente esa época terminó por confundir el *fiscus* con el *patrimonium* del Emperador, es decir, su rol y peculio público y privado.

2. De la Edad media al Antiguo Régimen.

Al entrar Roma en la fase del Bajo Imperio, se degradan las costumbres y se vulgarizan los conceptos jurídicos. Pero a la caída del Imperio Occidental, en el año 476, derechamente se perderán las instituciones estudiadas. Sobre las ruinas del Imperio se instalaron los Reinos Germánicos, los que, acechados por vikingos, árabes y húngaros, no lograron asentar su poder. El Feudalismo, cuyos orígenes pueden encontrarse ya en la decadencia romana, se abrió paso en este contexto, volviéndose el ícono de la Alta Edad Media. La decadencia de ese sistema coincidió con el resurgir de las ciudades, la producción y el comercio, el nacimiento de la burguesía y la gestación de los Estados Nacionales. Es la época -llamada Baja Edad Media- en que los glosadores y postglosadores redescubren el Derecho romano. Lo usan para

¹²⁷ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2387.

explicar el Feudalismo en que aún viven, así como para justificar la acumulación de poder que comienzan a realizar sus monarcas. En los tiempos modernos, los herederos de las doctrinas medievales serán los autores del *iusnaturalismo* o Derecho natural. Estos refinarán las ideas recibidas y darán forma la teoría moderna del '*dominio eminente del Estado*', referencia obligada aún hoy al hablar sobre el demanio.

a. El Feudalismo.

Las características esenciales del Feudalismo son tres. En primer lugar, la ordenación contractual de las relaciones sociales. Mediante el '*homenaje*', señor y vasallo se obligan recíprocamente; uno a proteger y otorgar un cargo o territorio (también llamado feudo o beneficio), y el otro a ser leal y servir, normalmente a través de consejo y auxilio militar. En segundo lugar, la disolución de la frontera entre lo público y lo privado. El señor feudal -como titular de la tierra- exige de los campesinos una parte de lo cosechado por estos, lo que hoy calificaríamos de obligación civil. Pero este señor feudal, a la vez, imparte justicia y dicta normas, todas potestades que en la actualidad llamaríamos públicas. No hay una diferenciación entre tierras particulares o públicas, como tampoco la hay respecto al rol privado o de autoridad del señor feudal. En tercer lugar y final, el desmembramiento de la propiedad raíz. Un vasallo podía no sólo usar o gozar de la tierra entregada por su señor, sino darla en beneficio a otro, constituyéndose así el primitivo vasallo en señor.

Entre los siglos XI y XII tiene lugar el apogeo del Feudalismo, lo que coincide con dos fenómenos. Por un lado, el tránsito desde un vínculo contractual hacia uno patrimonial entre señor y vasallo. Las invasiones, tan recurrentes en siglos previos, disminuyen o incluso cesan en algunos sectores, reduciendo la necesidad de protección, así como la utilidad del auxilio militar. A causa de ello, los factores personales son sustituidos por otros: el vasallo deberá en lo sucesivo una prestación en dinero. Por otro lado, la tierra feudal se separa de la relación señor-vasallo. En términos actuales, se puede decir que el vínculo entre ellos era bilateral e '*intuito personae*'. Si quién ocupaba la tierra en primer título moría, sencillamente era heredada, pues este era el propietario. Pero quienes habían recibido sus títulos del difunto señor debían rendir *homenaje* al

sucesor, formándose de esta manera nuevos títulos. De ser un ocupante de segundo o sucesivos títulos quien fallecía, la tierra volvía al titular del nivel superior, quién debía elegir un nuevo vasallo. Hecha la elección, el designado debía obtener el ‘*homenaje*’ de los ocupantes de la tierra a títulos inferiores, quienes de esta manera obtendrían su nuevo título. Este engorroso sistema descrito fue paulatinamente sustituido por la heredabilidad de todo feudo. El origen de ello se encuentra en la costumbre señorial de escoger a los hijos del difunto como nuevos vasallos, lo que se explica por razones que no eran jurídicas, sino prácticas. El señor feudal no tenía la capacidad -financiera, militar o funcionaria- de hacer valer su autoridad en un feudo, muchas veces lejano, de manera que era el vasallo quién cumplía ese cometido. Faltando este último, quedaba expuesta la tierra a ser usurpada. Por ello, el señor feudal procuraba nombrar prontamente un sustituto, siendo lo más fácil buscarlo entre los hijos del vasallo difunto, quienes normalmente ya tenían experiencia en el gobierno ayudando a su padre. Esto hizo que los vínculos, inicialmente individuales, pasasen a ser familiares. Otro fenómeno que contribuyó a la heredabilidad del señorío territorial fue la profundización de la subinfeudación. Los títulos o niveles en que la tierra era ocupada proliferaron cada vez más. Asimismo, los ‘*homenajes*’ múltiples (un vasallo con dos o más señores) añadieron gran complejidad al sistema. Al respecto, Cordero y Aldunate afirman:

“El mapa de las zonas feudales, por lo tanto, permite apreciar una propiedad desmembrada hasta en cuatro o cinco niveles: la titularidad nominal del señor, el título del vasallo sobre las tierras recibidas de su señor, eventualmente un segundo título del sub-vasallo respecto de las tierras que recibe de su señor cuando éstas no están en su dominio directo, sino que forman parte de su feudo, y por último los títulos de aprovechamiento final para quienes ocupan o trabajan efectivamente las tierras”¹²⁸.

En definitiva, la larga e intrincada cadena de señores y vasallos hace imposible la elección de los eslabones de ella. La práctica devendrá por tanto en norma jurídica, consumándose así la heredabilidad del feudo. Separada de esta manera de la relación

¹²⁸ CORDERO Quinzacara, Eduardo y ALDUNATE Lizana, Eduardo. 2007. *Óp. cit.*, pág. 361.

de vasallaje, la tierra quedará en una situación de pluralidad de titulares o niveles que reclaman especies distintas de derechos sobre ella (*plura dominia*).

b. Los glosadores y postglosadores.

A partir del siglo XII, los glosadores y postglosadores recuperarán el Derecho romano. Los objetivos que estos autores persiguen son esencialmente dos. En primer lugar, justificar el afianzamiento del poder monárquico, luego de siglos de debilidad. Entre los siglos XI y XII, los poderes con pretensión universal, el Papado y el Imperio, se enfrentaron en la *Querella de las Investiduras*. Los argumentos de los juristas en apoyo al Emperador fueron prontamente reclamados para sí por reyes y príncipes. En segundo lugar, buscan explicar jurídicamente las instituciones en que viven. Hasta ese momento el entendimiento de las relaciones feudales era tosco y esencialmente contractual. Pero con esta corriente jurídica, se transita a una explicación patrimonial del feudalismo, necesaria al llegar a su apogeo la desmembración de las titularidades sobre la tierra.

b.1. El afianzamiento del poder monárquico.

La labor de glosadores y postglosadores coincide con ciertos fenómenos históricos. Los reinos, antaño asolados por invasiones, ahora emprenden conquistas militares, surgiendo la necesidad de reglar las tierras incorporadas. Ocurrió así, por ejemplo, con los reinos cristianos de España (León, Castilla y Aragón) y la reconquista de los territorios ocupados por los árabes desde el año 711. Además, comienza a formarse una incipiente burguesía y se reavivan la producción y el comercio. Las técnicas agrícolas mejoran, incrementándose la producción, y con ello el abastecimiento de las ciudades, las que resurgen. El campesino, libre del auxilio militar debido a su señor por la patrimonialización del feudo, comienza cada vez más a dejar de pagar tributo en especie, para hacerlo en metálico. El Rey, ante estos hechos, tomará un acertado partido, reclamando la función de garantizar la paz y tranquilidad del reino. Por ejemplo, los monarcas reclamarán caminos, bosques y cursos fluviales, a fin de librarlos de malhechores. Además, tomarán prados y mesetas, beneficiando la ganadería e,

indirectamente, los rubros alimentarios y textiles. Se apoderarán, también, de mercados, para guardar el orden en los mismos, y de fuentes, para asegurar la provisión de agua, siendo ambos elementos básicos para la vida en las ciudades medievales (*burgos*). Un ejemplo de semejantes actitudes son las Siete Partidas¹²⁹ de San Alfonso X, Rey de Castilla y León. Sobre las cosas apropiables o no por los particulares, habla el Título XXVIII de la Partida Tercera. Las siguientes leyes de tal título y partida señalan las cosas que no son apropiables por servir a la comunidad y que, por tanto, quedan al cuidado del monarca. La ley tercera señala que:

“Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo son estas: el aire y las aguas de la lluvia y el mar y su ribera”.

La ley sexta, también, indica que:

“Los ríos y los puertos y los caminos públicos pertenecen a todos los hombres comunalmente”.

La ley novena, por su parte, prescribe:

“Son del común de cada ciudad o villa las fuentes y las plazas donde hacen las ferias y los mercados, y los lugares donde se juntan a concejo y los arenales que están las riberas de los ríos, y los otros ejidos y las correderas donde corren los caballos y los montes y las dehesas y todos los otros lugares semejantes de estos que son establecidos y otorgados para provecho comunal de cada ciudad o villa o castillo u otro lugar”.

Para justificar estos actos regios, los glosadores y postglosadores recurren al Derecho romano. *“La técnica [establecida], que sirve a todo este complejo desarrollo (referido a bienes de lo más heterogéneos), es la regalía”*¹³⁰. Se distinguen, por un lado, regalías mayores o indelegables y, por otro, regalías menores o delegables. Caben en las primeras, por ejemplo, el dictar leyes, resolver conflictos, nombrar funcionarios y señalarles sus funciones, levantar y comandar ejércitos, declarar la guerra y la paz, cobrar impuestos, etc. En la segunda, en cambio, cae el demanio, por ejemplo, las

¹²⁹ Esta obra jurídica se encuentra dividida en ‘leyes’, las que se agrupan en ‘títulos’ y estos últimos, a su vez, se reúnen en ‘partidas’, las que son un total de siete.

¹³⁰ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2389.

tierras conquistadas, los caminos, los bosques, los cursos fluviales, los mercados, las minas, etc. *“Todos los derechos del Príncipe aparecen en su patrimonio, en cuya configuración se recibe también la dualidad romana de patrimonio privado y de la Corona”*¹³¹. Si bien las cosas pertenecen a uno u otro patrimonio según su destino, sobre ambos se ejerce propiedad civil, pues tales cosas -en principio- eran disponibles y prescriptibles. Con el tiempo, sin embargo, se dará a los bienes de la Corona un régimen exorbitante, no para garantizar su destino, sino para salvaguardarlos del Rey. Esta necesidad de protección surge de la confusión entre el Derecho público y privado, que entendía el reino como patrimonio civil del monarca. De manera que, por ejemplo, este podía enajenar una porción del reino o, al morir, sus hijos (herederos) podían dividírselo entre sí. Al respecto, señalan Cordero y Aldunate:

*“Los reyes y sus cortes pactarán leyes que atribuyen a los bienes de la Corona el carácter de inalienables e imprescriptibles, sin distinción. En Inglaterra se establece la inenajenabilidad de la Corona en el siglo XIII, con Eduardo el Confesor, y en 1301 se establece el juramento real para la conservación de los derechos del reino. En Francia esta regla comienza a surgir en el siglo XIII; posteriormente, en 1363 aparece en el juramento real, en 1413 se dicta una ley impuesta por los estamentos que prohíbe al rey enajenar nada perteneciente a la Corona, y finalmente se dicta en 1566 el “Edicto de Moulins”, durante el reinado de Carlos XI, que consagra la inalienabilidad de todos los bienes de la Corona, sin distinción entre ellos. Esta práctica también se habría extendido a los reinos de Bohemia, Hungría y Polonia. Por su parte, en la época de Juan II se llega en las Cortes de Valladolid de 1442 a una ley pactada con el pueblo, en cuya virtud “todas las cibdades e villa e logares mios e sus fortalezas e términos e jurediciones e fortaleza ayan seydo e sean de su natura inalienables e imprescriptibles para siempre jamás”*¹³²¹³³.

¹³¹ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2390.

¹³² Trad. Libre: *“Todas las ciudades y villas y lugares míos y sus fortalezas y términos y jurisdicciones y fortaleza hayan sido o sean de naturaleza inalienables e imprescriptibles, para siempre jamás”*.

¹³³ CORDERO Quinzacara, Eduardo y ALDUNATE Lizana, Eduardo. 2008. *Óp. cit.*, pág. 367.

b.2. El origen del dominio eminente.

Los juristas bajomedievales llaman '*dominia*' al título que permite aprovechar directamente una cosa. Existirán tantos '*dominia*' como facultades para usar un bien, no siendo necesario que un poder en concreto, como la capacidad de disponer de la cosa, esté radicado en alguien para llamársele propietario. De manera que todos quienes tienen un derecho '*en*' la cosa ('*iura in re*') son dueños de ella, no en forma cuotativa sino funcional, pues lo esencial es el uso (*utilitas rei*).

A esta coexistencia de especies de propiedad sobre un mismo bien la llaman '*plura dominia*'. Ella explica la larga e intrincada cadena de sujetos con pretensiones sobre la tierra feudal, de confusa naturaleza jurídica (pública y privada, por la disolución de las fronteras entre ambos campos del Derecho). Si bien el intelecto podría crear infinitos títulos¹³⁴, los glosadores y postglosadores crearon categorías que permiten apreciar globalmente la realidad. Se trata del dominio eminente (*dominium eminens*), el dominio directo (*dominium directum*) y el dominio útil (*dominium utile*). Este último es el que detenta la persona que efectiva y realmente aprovecha la cosa, como el campesino. Fuentes de esta posición dominical era la enfiteusis, la superficie y otros contratos en que la cosa se asignaba al campesino por larguísimo tiempo o derechamente a perpetuidad. El dominio directo, en cambio, es el que retiene quién otorga el dominio útil, por lo que es detentado normalmente por el señor feudal. La reunión del dominio directo y útil es llamada dominio pleno ('*dominium plenum*'), que los señores feudales pretendieron reunir despojando a los campesinos. Los Reyes y la Iglesia, en cambio, propendieron que este último conservara su dominio útil. Así aseguraron el apoyo de los campesinos en las áreas rurales, el que se suma al de la burguesía en las urbes. La doctrina de los juristas bajomedievales limitó la arbitrariedad de los señores, al preferir el dominio útil sobre el directo. El noble sólo podría recuperar la tierra por causa de utilidad pública (*utilitas publica*) y previa indemnización al campesino, siendo ilegítimo los despojos en mero interés particular o sin pago. Las faltas a los deberes de vasallaje o la necesidad de atender una

¹³⁴ Por ejemplo, Cordero y Aldunate afirman que "*en Francia se contaron seis formas principales de concesión que no transmiten la propiedad [entendida esta en el concepto actual]*". En CORDERO Quinzacara, Eduardo y ALDUNATE Lizana, Eduardo. 2008. *Óp. cit.*, pág. 369.

hambruna se consideraron razones válidas para que el señor feudal ejerciera su poder de recuperar la tierra de manos del campesino.

En este punto, la argumentación de las facultades que el dominio directo otorga al señor feudal se extiende al Rey, pero con peculiaridades. Al ser el feudalismo un sistema originalmente contractual, no se permitía que el señor feudal interviniera a un subvasallo, esto es, al vasallo de su propio vasallo. Hoy diríamos que el '*homenaje*', como contrato, tenía efectos relativos entre quienes lo celebraron. El Rey, no obstante, es el tenedor original del reino, de manera que todos los títulos descienden de él. No tiene, por consiguiente, esta restricción descrita, de manera que puede recuperar para sí cualquier porción del territorio, aunque debe invocar también una causa de utilidad pública e indemnizar. Esta posición jurídica, superior al dominio directo del señor feudal, es el llamado dominio eminente. Esta teoría explica rudimentariamente el poder ablatorio del Estado en la Edad Media. Sin embargo, no es aún percibida por los juristas ni como potestad, ni como conformadora del patrimonio público. Es sólo una de tres categorías en que se agrupan los múltiples títulos (aún oscilantes entre Derecho privado y público) para aprovechar la tierra feudal.

c. Los iusnaturalistas modernos: madurez del dominio eminente.

La Escuela del Derecho natural llega a su plenitud entre los siglos XVII y XVIII. Se trata de una época en que los Estados modernos ya se han asentado. El reforzamiento del poder monárquico fue necesario para ello, pero aún cumplido su fin, siguió adelante originando el Absolutismo. Si bien el Bajo Medioevo justificó el incremento de las competencias reales, le impuso limitaciones de las que ahora el Rey se libera. Originado su poder en el mismo Dios, quién lo elige, no debe más explicaciones que a Él, único que puede limitarlo y exigirle cuentas. Los juristas iusnaturalistas, al igual que sus predecesores, buscarán describir esta realidad, a la vez que unos la criticarán, mientras otros la defenderán. No interesan aquí los muchos debates que en las más distintas materias se dieron sobre los poderes reales y la conformación de la sociedad. El objeto a analizar es el dominio público y, en esta época, la teoría que lo explica (el dominio eminente) sufrirá una notable e importante evolución. De los varios juristas

que sobre ella trabajaron, los más relevantes fueron Grocio, quién le dio su formulación moderna, y luego Pufendorf y Vattel, los que la refinaron.

En *'De iure belli ac pacis'* (1625), Hugo Grocio plantea la ocupación como modo original y natural de apropiación. Añade que la ocupación origina el dominio, que luego será reasignado mediante el tráfico civil, pero también es el origen de la soberanía, la que en cambio quedará siempre en poder del soberano:

“Mas en aquellas cosas que propiamente son de nadie, hay dos cosas ocupables: la soberanía y el dominio en cuanto se distingue de la soberanía [...] La soberanía suele tener dos materias como sujetas a sí: la principal, las personas, la cual materia sola basta a veces, como en el ejército de varones, mujeres y niños que buscan nueva residencia; la secundaria, el lugar, que se llama territorio. Pero aún cuando las más de las veces con un solo acto suele buscarse la soberanía y el dominio, sin embargo, son distintos; y así el dominio no sólo pasa a los ciudadanos, sino también a los extraños, quedando la soberanía en el que estuvo”¹³⁵.

Grocio entiende por soberanía o poder supremo a *“aquel cuyos actos no están sujetos a otro derecho”*¹³⁶. Quién lo detenta es también aquel que tiene el derecho de gobernar la ciudad, lo que llama poder civil. Sin embargo, antes de entrar a su contenido, debe precisarse que entiende el autor por poder, derecho o facultad, sea público o privado. Este autor afirma que ellas corresponden a la *'justicia'* de una posesión o de un obrar, y luego distingue:

“Pero esta facultad es a su vez doble: a saber, ordinaria, que ha sido dispuesta para el uso particular, y la eminente, que es superior al derecho ordinario, puesto que compete a la comunidad sobre las partes o sobre las cosas de las partes, por causa del bien común. Así la potestad regia tiene debajo de sí ya a la potestad patria, ya a la señorial; así, es mayor el dominio del rey sobre las cosas de los particulares en orden al bien común

¹³⁵ GROCIO, Hugo. 1631 (1925). *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*. Traducción de Jaime Torrubiano Ripoll. Tomo I. Madrid, Editorial Reus, pág. 315.

¹³⁶ GROCIO, Hugo. 1631 (1925). *Óp. Cit.*, Tomo I, pág. 153.

*que el de cada uno de los dueños; así, cada uno está más obligado a la república en orden a los usos públicos que al acreedor*¹³⁷.

El poder civil, emanado de la soberanía y calificado como un '*ius eminens*' en oposición al derecho ordinario del súbdito, es caracterizado de esta forma:

*“El que gobierna una ciudad, la gobierna parte por sí, y parte por otros. Y por sí trata o sobre las cosas generales o sobre las particulares. De las generales trata haciendo leyes y quitándolas, tanto acerca de las cosas sagradas [...] cuanto a las profanas. [...] Las particulares, acerca de las cuales trata, o son directamente públicas, o bien privadas, pero en cuanto se ordenan al público. Directamente públicas son las negociaciones, como de la paz, de la guerra, y de hacer alianzas; o cosas, como los tributos, y otras semejantes, en las cuales se comprende asimismo el alto dominio, que la ciudad tiene sobre los ciudadanos y los bienes de ellos en orden al provecho público”*¹³⁸.

Las citas anteriores, hechas *in extenso*, demuestran el enorme aporte de Grocio a la teoría del dominio público. Al concluir la Edad Media, se entendía que el Rey tenía un dominio eminente. Este permitía quitar su propiedad a los súbditos, las que pasan a ser cosas públicas, destinadas a la utilidad común, y que tenían un régimen exorbitante (inalienabilidad, imprescriptibilidad) para asegurar la unidad y continuidad del Reino. Pero no era percibida como una competencia pública, sino como limitaciones al dominio regio, que tenía la misma naturaleza que el de un privado. El motivo es que perduraba la disolución de la frontera entre Derecho civil y público, pero Grocio repone tal frontera con su pluma. El Rey tiene el poder supremo, el cual ejerce sobre cosas y personas bajo su jurisdicción, competencias que llama derechos eminentes ('*ius eminens*'). En lo que respecta a las cosas, el poder monárquico comparte con los derechos de los súbditos el ser facultades, es decir, una posición jurídica calificada por su justicia. Sin embargo, ambas difieren en su naturaleza, pues la del Rey emana de la soberanía misma, quien no la recibe del pueblo ya que, de lo contrario, no podría

¹³⁷ GROCIO, Hugo. 1631 (1925). *Óp. Cit.*, Tomo I, pág. 48-49

¹³⁸ GROCIO, Hugo. 1631 (1925). *Óp. Cit.*, Tomo I, pág. 152-153

mandarlo. En cambio, la propiedad de los súbditos emana del monarca, quién se las reconoce y, absteniéndose de ejercer su dominio eminente, les permite conservarla.

Si bien Grocio rompe con el origen popular del poder real, propio de la Edad Media, no llega a sostener que este sea ilimitado. A propósito del dominio eminente, fija restricciones racionales a la incorporación de bienes al demanio:

“En otro lugar dijimos que las cosas de los súbditos están bajo el dominio eminente de la ciudad, de suerte que la ciudad o el que hace sus veces, pueda usar de estas cosas y también perderlas o enajenarlas, no sólo por suma necesidad, que también a los particulares concede algún derecho sobre lo ajeno, sino por la utilidad pública, en favor de la cual se ha de creer que quisieron ceder las cosas privadas aquellos mismos que se unieron en sociedad civil. Pero se ha de añadir, que siendo esto así, la ciudad está obligada para con aquellos que pierden lo suyo, a resarcirles del daño de los bienes públicos, en la cual reparación pública contribuirá también aquél que hizo el daño. Y no será descargada de este peso la ciudad, si no tiene en la actualidad recursos; porque, al venir la abundancia, resurgirá la casi dormida obligación”¹³⁹.

Mas de un siglo después de la obra de Grocio, encontramos el libro ‘*El Derecho de Gentes*’ (1775) de Emer von Vattel. La importancia de este es que demuestra la perdurabilidad del planteamiento grociano, así como la refinación que de él hicieron los juristas a lo largo de los años. Para demostrar el resultado de ello, se citarán pasajes de la obra de Vattel *in extenso* y, luego, se concluirá con una síntesis del pensamiento de este autor.

En primer lugar, el autor clasifica los bienes de la siguiente forma:

“Todo lo que es susceptible de propiedad se presume que pertenece a la nación, la cual ocupa el país y forma la masa total de sus bienes. Pero la nación no posee todos estos bienes de la misma manera. Los que no están divididos entre las comunidades, los particulares o los individuos de la

¹³⁹ GROCIO, Hugo. 1631 (1925). *Óp. Cit.*, Tomo IV, pág. 249-250.

*nación se llaman bienes públicos; los unos reservados para las necesidades del Estado y hacen el dominio de la corona o de la República; los otros quedaron comunes a todos ellos, cada uno según las leyes que reglan su uso y se llaman bienes comunes*¹⁴⁰.

Añade la forma en que el Estado puede adquirir bienes públicos:

*“Cuando una nación en cuerpo se apodera de un país, todo lo que no se divide entre sus miembros queda común a toda la nación y se hace bien público. Hay un segundo modo por el cual puede adquirir bienes la nación y en general toda la comunidad; a saber a voluntad del que tenga por conveniente transferirla por cualquier título que sea el dominio o la propiedad de lo que posee”*¹⁴¹.

Esta potestad de incorporar bienes al Estado, posterior a la repartición original, es el dominio eminente y Vattel lo define como:

*“El derecho que pertenece a la sociedad o al soberano, de disponer en caso de necesidad y por la salud pública de todos los bienes contenidos en el estado, se llama dominio eminente”*¹⁴².

El mismo autor reconoce la ya tradicional limitación de indemnizarse al súbdito en caso de privársele del dominio:

*“La justicia pide que esta comunidad o este particular se indemnice de los causales públicos; y si el tesoro no se halla en estado de hacerlo, todos los ciudadanos deben contribuir a ello, porque las cargas del estado deben soportarse con igualdad o en una justa proporción”*¹⁴³.

En lo que respecta a las competencias del Rey respecto de los bienes públicos, Vattel enseña que:

¹⁴⁰ VON VATTEL, Emer. 1775 (1920). *Del Derecho de Gentes*. Traducción de Manuel Pascual Hernández. Tomo I. Madrid, Imprenta Salamanca, pág. 249-250

¹⁴¹ VON VATTEL, Emer. 1775 (1920). *Óp. Cit.*, Tomo I, pág. 306

¹⁴² VON VATTEL, Emer. 1775 (1920). *Óp. Cit.*, Tomo I, pág. 311

¹⁴³ VON VATTEL, Emer. 1775 (1920). *Óp. Cit.*, Tomo I, pág. 312

“Estos deberes miran al Príncipe y al jefe de la nación, el cual debe atender a la conservación y sabia administración de los bienes públicos, contener y prevenir su disipación y no sufrir que se destinen a unos extraños [...] Como el Príncipe o jefe de la nación es naturalmente solo administrador y no propietario del estado, su cualidad de jefe o soberano de la nación, no le da por sí misma el derecho de enagenar, o de obligar los bienes públicos”¹⁴⁴.

En síntesis, para este autor el dominio público son todas aquellas cosas esenciales para la marcha del Estado, de las que el monarca no puede disponer. La razón de ello es protegerlas la irresponsabilidad jurídica que conlleva ocupar el puesto de Rey, el que pasa a ser comprendido como un administrador del reino. El patrimonio público se forma originariamente, al constituirse la sociedad civil, o mediante la ablación de las posiciones patrimoniales del súbdito. El monarca se encuentra limitado sólo a expropiar aquello exigido por causa pública, debiendo indemnizar al particular.

Esta teoría de Vattel, más que describir la realidad, es una incipiente crítica ilustrada al absolutismo o despotismo de los Reyes de su época. Es, por tanto, la antesala de los fenómenos revolucionarios de fines del siglo XVIII, que darán paso a la Edad Contemporánea.

3. La Revolución francesa y la codificación.

El 14 de julio de 1789, con la toma de la Bastilla, explota la Revolución francesa. Los revolucionarios no tardaron en barrer con lo existente y reemplazarlo por sus ideas. Así, por ejemplo, la Asamblea Nacional, entre los días 22 de noviembre y 1 de diciembre, ambos del año 1790, dicta la *‘loi relatif aux domaines nationaux, aux échanges, aux concessions et aux apanages’*. Verdaderamente, esa norma jurídica no persigue transitar de la comprensión del demanio como *‘ius eminens’*, a una teorización contemporánea del mismo. Sólo busca librar a los bienes del Estado de

¹⁴⁴ VON VATTEL, Emer. 1775 (1920). Óp. cit., Tomo I, pág. 326.

cualquier clase de injerencia regia y entregarlos a la revolución. Se trata, así, de un fenómeno indiscutiblemente histórico. Las siguientes características de la ley francesa de 1790 lo dejan manifiesto.

En primer lugar, los bienes públicos dejan de ser dominio de la Corona para serlo de la Nación. El artículo 1 de la ley señala que “*le domaine national...appartiennent á la nation*”, de manera que estos bienes son sustraídos a la disposición del Rey.

En segundo término, se reduce su composición, excluyendo las regalías mayores. Así se desprende de la enumeración que practica el artículo 2 de dicha norma jurídica. El dominio público pasa a ser una cuestión enteramente de cosas y los derechos sobre ellas, no estando involucrada en esta materia ninguna potestad pública.

Finalmente, se desecha su régimen exorbitante al entenderse que sólo se justificaba al ser irresponsable el monarca. El dominio público, en definitiva, se rige enteramente por el Derecho privado, siendo la única peculiaridad que su titular es la Nación.

“*En el Código Civil francés se recibe esta nueva construcción del dominio público prácticamente sin variaciones*”¹⁴⁵. El *Code Napoléon* clasifica los bienes con distintos criterios, siendo uno de ellos el que distingue las cosas según quienes las posean: privadas o públicas. El texto original del artículo 538 de este Código señala, respecto de tales cosas públicas, que:

*“Les chemise, routes et rues a la charge de la Nation, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ponts, les havres, les rades, et généralement toutes les portion du territoire national qui ne sont pas susceptibles d’une propriété prive, sont considères comme des dépendances du domaine public”*¹⁴⁶.

Sin embargo, el *Code* francés no ahonda sobre el régimen jurídico de los bienes demaniales. La interpretación sostenida por los primeros comentaristas, como se verá más adelante, fue una rotunda negación a todo privilegio, con base en la antedicha ley

¹⁴⁵ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2392.

¹⁴⁶ Trad. libre: “*Las fortalezas, las carreteras y calles a cargo de la Nación, los ríos y riberas navegables o flotables, las costas, las tierras ganadas al mar, los puentes, los puertos, las bahías, y generalmente todas las porciones del territorio nacional que no son susceptibles de propiedad privada, son consideradas como dependencias del dominio público*”.

francesa de 1790. Se deberá esperar al menos treinta años para que la doctrina, con Proudhon, critique y reinterprete los textos legales de Francia.

El Código civil chileno en 1855 y luego el español en 1889 siguen el ejemplo francés. Contienen ambos una clasificación de los bienes y, a propósito de esa, se refieren a los bienes públicos. Distinguen los bienes demaniales de los patrimoniales, haciendo una ejemplar enumeración de los primeros. Sin embargo, estos dos códigos se distinguen en los aspectos que pasan a exponerse.

El Código civil español es más preciso que el chileno. Por ejemplo, sin rodeos señala que las cosas pueden ser públicas o privadas según su dueño (artículo 338). Asimismo, se refiere a los efectos de las mutaciones demaniales en una disposición (artículo 341) que, si bien era escueta, resulta novedosa para su época. En definitiva, en el “*Código civil [español], el dominio público es una institución integrada por bienes (inmuebles o muebles) en sentido jurídico-civil, sólo que sometidos a un régimen especial*”¹⁴⁷.

El Código civil chileno, en cambio, guarda silencio sobre el régimen de los bienes públicos. Su redactor, sin embargo, sostenía que quedaban sujetos al Derecho privado como cualquier otro bien. Bello afirmó, por ejemplo, que “*cosas públicas son aquellas cuya propiedad es de un Estado o Nación particular*”¹⁴⁸, sin otra peculiaridad que las distinga. Sobre el pensamiento de este autor se ahondará en el tercer capítulo, al hablar de las bases jurídicas del dominio eminente en Chile.

4. La Doctrina contemporánea.

Aún hoy, no existe claridad sobre lo que sea (o deba ser) el dominio público. La cuestión ha sido abordada por insignes juristas. Tales son, por ejemplo, Proudhon y

¹⁴⁷ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2393.

¹⁴⁸ BELLO, Andrés. 1959. *Instituciones de Derecho Romano*. Caracas, Ministerio de Educación, pág. 46. Citado en AEDO Zapata, Milena Andrea. *Casuismo en derecho administrativo: dominio público*. 2006. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 48.

Hauriou en Francia; los alemanes Papier, Meyer, Forsthoff y Mayer; Fernández de Velasco, Balbé, Garrido Falla, Villar Palasí y Parejo Alfonso en España.

Los autores ya dichos son comúnmente agrupados en clases. Por un lado, los patrimonialistas, que afirman la existencia de propiedad sobre el demanio. Son tales, por ejemplo, Hauriou, Mayer, Fernández de Velasco y sus continuadores, cómo Balbé y Garrido Falla. Los funcionalistas, en cambio, son una reacción española al patrimonialismo y, sin embargo, aún hoy son minoría. Estos niegan que exista propiedad sobre los bienes públicos y, en cambio, afirman que la Administración detenta un título de intervención sobre dichos bienes. El antecesor de este planteamiento es el francés Proudhon. En España, el funcionalismo surge con Villar Palasí y, posteriormente, Parejo Alfonso creará una variante de esta teoría, llamada prestación asistencial objetivada. Finalmente, el dualismo alemán es un *tertium genus* o solución ecléctica. Existe propiedad sobre los bienes públicos (aunque de naturaleza civil). Contra ellos podrá intervenir el Estado con un título, el que se ha construido como una servidumbre de Derecho administrativo.

a. Francia.

a.1. La tesis de Proudhon y la reacción de Hauriou.

El texto original del artículo 538 del '*Code Napoléon*'¹⁴⁹ es el punto inicial de cualquier análisis sobre el dominio público francés. Sus primeros comentaristas afirmaban, sin más, la propiedad civil del Estado sobre los bienes públicos. Sus derechos no diferían a los de un propietario privado, excepto por peculiaridades en su enajenación y prescripción. Sin embargo, esta postura doctrinal sólo inspiraba clasificaciones, pues el dominio –cómo institución-, público o privado, era uno sólo, por lo que tenía una misma naturaleza y régimen. "*Tanto los civilistas (Delvincourt, Toullier, Duranton),*

¹⁴⁹ Este precepto del Código Civil francés fue derogado por la '*Ordonnance N° 2.006-460*', de 21 de abril del año 2006, pues en ese país el demanio pasó a regirse, desde ese año, por el Código General de Propiedad de las Personas Públicas.

como los administrativistas (Bonnin, Cormenin, De Gerano) e incluso la jurisprudencia (la Cour de Cassation), afirman esa propiedad”¹⁵⁰.

Las primeras reacciones contra esta postura doctrinal provinieron de Pardessus y Foucart¹⁵¹. Ellos sostenían que al Estado pertenecen bienes en la misma forma que a los particulares su propiedad. Sin embargo, ciertos bienes, en razón de su destino, no pueden ser disfrutados por el Estado de la misma forma que los particulares gozan de su dominio, de manera que sutilmente cuestionan la naturaleza del demanio. No obstante, será Jean-Baptiste-Victor Proudhon quién teorice acabadamente un entendimiento alternativo del dominio público en ‘*Traité du domaine public, ou, de la distinction des biens*’ (1833-34). Según si están o no en el *comercium*, el autor distingue a los bienes comerciables de los no comerciables. Sostiene cinco causas de exclusión de la comerciabilidad, las que son la inmensidad del bien, el derecho divino y el natural, la moralidad, el orden social y su destinación por la ley civil. Respecto al último criterio, señala que:

“Les choses de ce genre, étant asservies par l’autorité publique à l’usage de tous indistinctement, ne peuvent rester soumises aux règles de la propriété privée”^{152 153}.

Para el autor, la propiedad privada consiste en el uso del bien hecho por el dueño, con exclusión de los demás. Sin embargo, nadie es excluido de usar los bienes públicos, *a contrario sensu*, a todos corresponde el uso de estos, por lo que -para Proudhon- es incoherente sostener que exista propiedad sobre ellos. Señala el autor:

“Le domaine public n’est donc pour personne, ni même pour l’État, un domaine de propriété, puisque nul n’en est exclu”^{154 155}.

¹⁵⁰ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2394.

¹⁵¹ Véase IPERT, Stéphane. 2008. *L’évolution des articles 538-541 du Code Civil entre 1804 et 1807 et son impact sur la doctrine du domaine au XIX siècle*. Mémoire de Master de Recherche, Histoire des institutions et des idées politiques, Université Paul Cézanne – Aix – Marseille III.

¹⁵² PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor. 1835. *Óp. cit.*, Tomo I, pág. 15.

¹⁵³ Trad. libre: “Las cosas de este género, estando al servicio de la autoridad pública para el uso de todos indistintamente, no pueden estar sometidas a las reglas de la propiedad privada”.

¹⁵⁴ PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor. 1835. *Óp. cit.*, Tomo I, pág. 288.

¹⁵⁵ Trad. libre: “El dominio público no es para las personas, ni para el mismo Estado, un dominio de propiedad, porque nadie está excluido”.

De acuerdo a Proudhon, al Estado sólo corresponderán la guarda y vigilancia del demanio. Se trata, en definitiva, de un derecho de soberanía (*droit de souveraineté*) ejercido sobre esos bienes, en utilidad pública, y que es esencialmente distinto al dominio civil.

Las primeras reacciones de los juristas franceses a la teoría de Proudhon son descritas de la siguiente forma por Parejo Alfonso:

“La construcción proudhoniana es rápidamente aceptada por la doctrina (tanto la administrativa –Foucart, Gerando, Laferriere, Ducrocq, Dufour, Batbie- como la civilista –Demolombe, Aubry, Laurent-) [...] La influencia doctrinal de dicha construcción alcanza a la primera mitad de este siglo, condicionando la posición de autores tan relevantes como Berthelemy, De Recy, Duguít y Jeze”¹⁵⁶.

A fines del siglo XIX, Maurice Hauriou reacciona contra la propuesta de Proudhon y sus planteamientos perduran aún hoy. Señala, primero, que el Estado cuenta con dos masas de bienes, los privados y los públicos. A su respecto, afirma categórico:

“Les deux masses de biens appartiennent, non plus á la couronne, bien entendu, non plus même á la nation, ni aun public, mais aux diverses personnes administratives, soit pour les mettre á la disposition du public, soit pour les affecter á leurs services publics, soit pour en tirer des revenus”^{157 158}.

Se trata de una sola categoría jurídica, el dominio, aunque sujeto a regímenes distintos en cada caso. Ello resulta justificado por las diferentes exigencias sociales del Derecho privado y administrativo. Existe, así, una genuina propiedad administrativa (*propriété administrative*), cuyas notas son la inalienabilidad (*inaliénabilité*) y la imprescriptibilidad (*imprescriptibilité*). Corresponderá esa propiedad a la persona jurídica pública que tenga a su cargo el bien dominical. Se hablará, por tanto, de un dominio público estatal,

¹⁵⁶ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2394-2395.

¹⁵⁷ HAURIOU, Maurice. 2002. *Óp. cit.* pág. 609.

¹⁵⁸ Trad. libre: “Las dos masas de bienes pertenecen, no más a la corona, bien entendida, no más a la Nación misma, ni aún al pueblo, sino a las diversas personas administrativas, sea para ponerlas a disposición del público, para afectarlas a su servicio público o para generar ingresos”.

un dominio público departamental, un dominio público comunal, un dominio público colonial y un dominio público de establecimientos públicos. A ellas corresponderá “*deux espèces de droits, des droits de police et des droits de gestion*”^{159 160}.

Pieza clave de la construcción de Hauriou –la que trascendió su época y las fronteras francesas- es la afectación (*affectation*) del bien:

“*Sont dépendances du domaine public toutes les choses qui ayant une destination d'utilité publique ont été l'objet d'une affectation formelle*”^{161 162}.

Con ese criterio, Hauriou sustituye al *comercium* de Proudhon. No habrá, en lo sucesivo, causa divina, natural o social, ni condiciones físicas, que determine ‘*a priori*’ que debe ser público o privado. Los bienes públicos podrían, por tanto, ser de dominio privado sin inconveniente, y viceversa. Sólo la afectación al uso o servicio público, lo que es esencialmente relativo, señalará que es o no de dominio público.

La doctrina de Hauriou es hoy dominante en los países de tradición continental. Sobre el desarrollo de esas ideas en Francia y España se hablará en los apartados siguientes. Respecto a Latinoamérica, se puede destacar a Marienhoff en Argentina.

a.2. Derroteros de la teoría general del dominio público: correctivos a la teoría de la afectación.

La propiedad administrativa debe su formulación doctrinal a Hauriou y descansa en la teoría de la afectación, de acuerdo a la cual un bien será demanial si está afecto al uso o servicio público. Hacia 1930, tal tesis se consolidó en la doctrina y jurisprudencia francesa. Sin embargo, los sucesos de los años siguientes demandaron ajustes a esa teoría. A continuación, se dará sucinta revisión a tales hechos y los ajustes doctrinales propuestos.

¹⁵⁹ HAURIU, Maurice. 2002. *Óp. cit.* pág.610.

¹⁶⁰ Trad. libre: “*Dos especies de derechos, los derechos de policía y los derechos de gestión*”.

¹⁶¹ HAURIU, Maurice. 2002. *Óp. cit.* pág. 617.

¹⁶² Trad. libre: “*Son dependencias del dominio público todas las cosas que, teniendo una destinación de uso público, sean objeto de una afectación formal*”.

i) La reducción del dominio público: la teoría de la adaptación especial.

Con la afectación como único factor atributivo del dominio público, este creció excesivamente. Se agrava lo expuesto porque ciertas cosas, por su situación física, eran inadecuadas para servir al uso o servicio público. Afirmaba la doctrina que semejante situación se debía a que la teoría de la afectación carecía de restricciones. Los fenómenos descritos se pueden ejemplificar en el *arrêt Ville d'Avalon* de 1933, en que una parroquia fue declarada bien público, aun cuando en 1905 se separó el Estado de la Iglesia y, con ello, el culto dejó de ser un servicio público. El Consejo de Estado (*'Conseil d'Etat'*) arribó a tal determinación porque, pese a lo dicho, era un bien afecto al uso directo de todos los habitantes. Otra conclusión semejante se halla en el *arrêt Marecar* de 1935, sobre cementerios. El comisario del Gobierno¹⁶³ Latournerie, expresó reparos a las reflexiones hechas por el Consejo de Estado en ese fallo. En la doctrina, se suma a tal actitud el *'Traité de droit administratif'* (1936) de Waline. En 1947, la Comisión de Reforma del Código Civil¹⁶⁴ afirmó:

“Para predicar la demanialidad...los bienes de servicio público debían estar adaptados exclusiva o esencialmente a las finalidades particulares del servicio; la afectación pura y simple no es así suficiente”¹⁶⁵.

Las aseveraciones de esta Comisión, aun cuando no se concretaron en reformas legales, tuvieron gran influencia en el Consejo de Estado. Con los *arrêts Société Le Béton* (1956) y *Dauphin* (1959) se consagró su uso en la jurisprudencia administrativa. Aunque el concepto de adaptación especial (*aménagement spécial*) llegó a comprender el uso y servicio público, sólo se aplicó inicialmente al último. Será a partir del *arrêt Berthier* (1960) que su empleo se extienda a los bienes públicos por uso, señalando tal sentencia que:

¹⁶³ Se denomina *'comisario del Gobierno'* al funcionario que interviene en la función consultiva y jurisdiccional del Consejo de Estado, representando la posición del Gobierno francés.

¹⁶⁴ Esta comisión fue creada en Francia por decreto del 7 de junio de 1945, estuvo constituida por doce miembros (profesores de Derecho, consejeros de Estado, magistrados y abogados) y fue presidida por León Julliot de la Morandière.

¹⁶⁵ BARCELONA Llop, Javier. 1995. *Novedades en el régimen jurídico de los bienes públicos en Francia*. Revista de Administración Pública, 137 (Mayo–Agosto), pág. 553.

"Sont dépendances du domaine public les biens propriété d'une personne publique (1), qui sont affectés à l'usage du public ou à un service public (2) et indispensablement aménagés à cet effet (3)"¹⁶⁶.

La teoría de la adaptación especial se creó para restringir los bienes que forman parte del dominio público. El examen de la demanialidad se realizará, en lo sucesivo, a “tres peldaños”. El primero de ellos consiste en la pertenencia o no del bien a una persona pública (elemento subjetivo). El segundo ‘*peldaño*’ dice relación a si la cosa está o no afecta al uso o servicio público (elemento abstracto-finalista). El tercero y último paso se refiere a si el bien, en su actual existencia física, es apto para servir a tal uso o servicio público (elemento material-finalista). Así será cuando el bien ha sido objeto de un trabajo público (*travail public*).

El concepto de trabajo público se formuló por el Consejo de Estado en el *arrêt Commune de Monségur* de 1921. Se trata de un trabajo inmobiliario -construir, demoler, mantener o rehabilitar-, hecho con fines de interés general por una persona pública o un privado en nombre de ésta. Cabe precisar que un trabajo público no es lo mismo que una obra pública (*ouvrage public*). Esta última es una obra inmobiliaria, entregada al uso directo de los habitantes y que puede ejecutarse por un particular o el Estado. Es habitual que un trabajo público conduzca a una obra pública, como cuando se construye una calle sobre el suelo expropiado para este fin. Pero es posible que un trabajo público conduzca a una obra privada, lo que sucede al edificar el Estado viviendas sociales para la población. También puede suceder que un trabajo privado conduzca a una obra pública, como ocurre con los caminos que un particular abre en su heredad y que entrega al uso de la comunidad. Además, es posible que un trabajo público resulte en una obra destinada a un servicio público, motivo por el cual no será una obra pública (al no destinarse al uso común). Así sucede, por ejemplo, al construirse bodegas para un hospital. Estos ejemplos permiten concluir las diferencias entre un trabajo público y una obra pública. Por un lado, el trabajo público debe ejecutarse necesariamente por una persona pública o un particular en nombre de ella.

¹⁶⁶ Trad. libre: "Son dependencias del dominio público los bienes propiedad de una persona pública, (1) que estén afectos al uso del público o a un servicio público (2) e indispensablemente adecuados a ese efecto".

En cambio, la obra pública puede ser iniciativa propia del particular, sin tener este vínculo alguno con el Estado. Por otro, el interés general que trae consigo el trabajo público es más amplio que el uso directo de los habitantes exigido por la obra pública. No obstante, existe una semejanza entre los trabajos públicos y las obras públicas, consistente en que el bien objeto de una u otra no tiene por qué integrar forzosamente el demanio. Esto se debe a que el interés general en el trabajo público o el uso directo de la obra pública por los habitantes, no tiene por qué coincidir con el fin que tenga la dependencia demanial en que se emplazan. Por ejemplo, en el *arrêt Dupouy* (1987), el Consejo de Estado estableció lo siguiente respecto a una calle que atravesaba un bosque demanial:

“Une route forestière située dans une forêt domaniale faisant partie du domaine privé de l’Etat, constitue néanmoins un ouvrage public parce qu’elle était affectée à la circulation générale”¹⁶⁷.

El Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) recoge, en el *arrêt Menu* (1999), la anterior teorización hecha por el Consejo de Estado. Expone, por ello, que *“cette route était ouverte à la circulation du public et non affecté à la circulation publique”¹⁶⁸.*

Aplicada la doctrina ya descrita sobre los trabajos públicos a la teoría general del dominio público, se obtiene la siguiente conclusión. Un bien será demanial si, no siendo suficiente en sus condiciones naturales para emplearlo en el uso o servicio público, se somete a un trabajo público destinado a adaptarlo especialmente para realizar tales fines de uso o servicio.

En Francia, al no precisar todos los bienes de una adaptación especial para integrar el demanio, se construye la distinción entre dominio público natural (*domaine public naturelle*) y dominio público artificial (*domaine public artificiel*). Son suficientes, para los primeros, sus condiciones físicas, como el mar o el aire, pero su ingreso al dominio público no es forzoso, pues no existen bienes que naturalmente sean demaniales. Las cosas de dominio público artificial, en cambio, exigen ser intervenidas (mediante un

¹⁶⁷ Trad. libre: *“Una ruta forestal situada en un bosque demanial es parte del dominio privado del Estado, sin embargo constituye una obra pública porque fue afectada a la circulación general”.*

¹⁶⁸ Trad. libre: *“Ciertas rutas están abiertas a la circulación del público y no afectadas a la circulación pública”.*

trabajo público). La adaptación especial servirá para calificar la suficiencia de las labores, al contestar la siguiente interrogante: ¿bastan esos trabajos públicos para que el bien sirva al uso o servicio público? Sin perjuicio de ello, hay ciertas cosas que se presumen contar con obras suficientes, por ejemplo, las calles y caminos.

Una situación peculiar ocurre en Francia con los bosques estatales, que pertenecen a una persona pública y están afectos al uso común. Además, se les ha dotado de cierros, accesos controlados, caminos y demás construcciones (es decir, cuentan con una adaptación especial). Aplicando el razonamiento “a tres peldaños”, antes expuesto, serían bienes demaniales, pero semejante conclusión se consideró excesiva, iniciándose una ardua crítica. Sandevour, por ejemplo, en ‘*La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public*’ (1966), propugnó:

“La eliminación del criterio de la adaptación especial tras constatar que los beneficios derivados de su concepción originaria habían quedado enervados merced a una aplicación jurisprudencial reputada expansiva y desnaturalizadora, y que sólo ha encontrado claro freno en relación con los bosques estatales, cuya demanialidad se rechaza a pesar de concurrir una adaptación especial y una apertura al uso público”¹⁶⁹.

Los *arrêts Eidel* (1972) y *Gourdain* (1979), por ejemplo, aceptan que los bosques de *Vincennes* y *Boulogne*, respectivamente, son bienes demaniales. No obstante, el Consejo de Estado lo hizo a condición que cumplan con un criterio adicional, consistente en “*font en quelque sorte partie d’un réseau urbain*”¹⁷⁰. Por tanto, tales bosques son bienes públicos por estar integrados al tejido urbano parisense; de lo contrario, serían bienes privados del Estado. Se trata de un criterio ideado sólo para enfrentar la peculiar situación de estos bosques, por lo que corresponde criticarlo al ser una solución casuística que no aporta a una teoría general del dominio público.

La teoría de la adaptación especial enfrentó tal crítica porque su componente cardinal era ambiguo. Su posición en el análisis de demanialidad, como se indicó, es ser el tercer peldaño, llamado material-finalista. Este cumple el rol de calificar (suficientes o

¹⁶⁹ BARCELONA Llop, Javier. 1995. *Óp. cit.*, pág. 555.

¹⁷⁰ Trad. libre: “*Son de alguna manera parte de una red urbana*”.

no) los trabajos públicos (material) y, para ello, cuenta con un estándar: la esencialidad (finalista). Se trata, en definitiva, de recoger lo concluido en abstracto en el segundo peldaño (la afectación) para apreciarlo ahora en concreto. Sin embargo, no se logró dar un estricto contenido a esta esencialidad de la adaptación o trabajo público. Por el contrario, las nociones acuñadas resultaron ambiguas y sin restricciones. Así, por ejemplo, se señalaba que la adaptación era esencial si resultaba necesaria o útil al uso o servicio público, por lo que resultó un ejercicio discrecional y casuístico de la jurisprudencia administrativa. En unas ocasiones se exigía poquísimo a los trabajos públicos, como ocurrió en los *arrêts Dauphin* (1959), *Ville de Toulouse* (1961) y *Gozzoli* (1975). En otras situaciones, en cambio, se era extremadamente estricto, lo que sucedió en los *arrêts Abamonte* (1975) y *Leparoux* (1989). La teoría de la adaptación esencial, de haberse originado para restringir el demanio, terminó ampliándolo.

Finalmente, el año 2006 se dictó el Código General de Propiedad de las Personas Públicas. Su artículo L2.111-1 contiene el razonamiento ‘a tres peldaños’, ya analizado, pero la teoría de la adaptación especial vino sutilmente variada, para evitar el desnaturalizado crecimiento del demanio. Señala tal precepto legal que un bien público debe “*fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public*”¹⁷¹. Por un lado, se restringió la teoría al reservársela únicamente a los bienes afectos a un servicio público, lo que excluye a las cosas destinadas al uso común. Por otro, se sustituyó el estándar para calificar los trabajos públicos, pasándose de su esencialidad a su indispensabilidad. Con tal actitud se buscó. Sobre la utilidad de los cambios descritos, señala Ballandras-Rozet:

“L'aménagement indispensable est porteur d'une signification tout aussi ambiguë qui ne le distingue pas fondamentalement de l'aménagement spécial. Il recouvre in fine un champ d'application sensiblement identique à celui du précédent critère”^{172 173}.

¹⁷¹ Trad. libre: “Ser objeto de una adecuación indispensable para la ejecución de la misión de ese servicio público”.

¹⁷² BALLANDRAS Rozet, Christelle. 2007. *L'aménagement indispensable, un critère discutable de réduction du domaine public*. AJDA, pág. 575.

¹⁷³ Trad. libre: “La adecuación indispensable es portadora de un significado tan ambiguo que no se distingue fundamentalmente de la adecuación especial. El cubre un campo de aplicación sensiblemente idéntico al del criterio precedente”.

ii) La expansión del dominio público: las teorías de la accesoriedad, del dominio público global y de los volúmenes de dominio.

Los accesorios de una dependencia del dominio público francés enfrentan una peculiar situación, pues con el sólo criterio de la afectación resulta excluida su demanialidad. Un camino era un bien público si pertenecía a una persona administrativa y se encontraba afecto al tráfico público. La señalética vial y la iluminación, en cambio, se excluyen porque, aisladamente consideradas, no sirven al interés público. Por ejemplo, si se les separa del camino dejan de servir al tráfico público y, a *contrario sensu*, sólo sirven a tal interés mientras sean parte del mismo. Su calidad de bien público, en consecuencia, les viene transmitida por adherir al camino. En Francia, tres tesis se han formulado para hacer frente a este fenómeno. Aquella que ha tenido más relevancia se expondrá primero (*‘theorique de l’accessoire’*), mientras que las dos restantes (*‘domaine public global’* y *‘volums de domaine’*), por su menor relevancia, sólo serán sucintamente tratadas.

La teoría de la accesoriedad (*théorique de l’accessoire*) se origina a partir de un aforismo de Derecho privado: las cosas accesorias siguen la suerte del bien principal. Se definen y caracterizan las primeras, en Derecho privado, como “*los que están subordinados a otros [bienes]... Son varios los factores que se consideran para decidir, entre dos o más cosas, cual es accesorio de la otra. El más frecuentemente considerado es la subsistencia...pero son muchas las situaciones en que se atiende a otros: el valor, la finalidad, el volumen, etc.*”¹⁷⁴. La regla de la accesoriedad fue recogida por el artículo 552 del *Code francés*:

“*La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous*”¹⁷⁵.

En el Derecho francés, el *arrêt Guyard* (1842) constituye la primera referencia a la materia. Casi un siglo deberá esperarse, sin embargo, para ser otra vez utilizado, en el *arrêt Ville de Pontivy* (1926). Será con el *arrêt Compagnie Nouvelle des chalets de commodité* (1931) cuando se haga expresa mención al artículo 552 del *Code francés*.

¹⁷⁴ PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. 2007. *Óp. cit.*, pág. 29.

¹⁷⁵ Trad. libre: “*La propiedad del suelo importa la propiedad de lo que está por encima y por debajo*”.

Señala que “*en vertu des dispositions de l’art. 552 c. civ., la voie publique comprend non seulement le sol sur lequel elle repose, mais également le sous-sol*”¹⁷⁶.

El Derecho administrativo francés importó en tales decisiones, sin depurar, la accesión del *Code civil*. Con el *arrêt Préfet du Maine-et-Loire* (1937) quedan manifiestas las desconcertantes consecuencias que pueden resultar de esa práctica. Se consideró que las galerías comerciales ubicadas en el subsuelo de un camino público eran accesorios del mismo y por tanto sujetas al régimen demanial. Fuera de su nexo material, ninguna utilidad presentaba al disfrute del bien público. Frente a tales resultados, la doctrina era reticente a que el artículo 522 del *Code civil* se aplicase en sede administrativa:

*“Algunos autores no parecen rechazar la aplicación de la accesión al dominio público aun cuando propongan criterios interpretativos guiados por una cierta restricción [Alline, Charles, Godfrin], otros postulan la inaplicación a aquel de la regla del artículo 552 del Código civil [Gaudemet] o ponen en duda que de la misma se derive en forma automática un incremento de las dependencias demaniales [Dufau]”*¹⁷⁷.

Ciertos juristas, sin embargo, formularon una teoría de la accesoriedad del Derecho administrativo (*théorique de l’accessoire de Droit administratif*). Así, por ejemplo, De Laubadère en ‘*Domanialité publique, propriété administrative et affectation*’ (1950-1951).

El *arrêt Ville de Nice* (1956) se aleja tímidamente de los conceptos civiles. Se desecha citar el precepto y, en cambio, afirma directamente el valor de la accesoriedad como principio general. Con ese fin, indicó que “*la domanialité publique produit les effets accessoires de la propriété, et notamment l’accession*”¹⁷⁸. Será, sin embargo, con el *arrêt Commune du Bugue* (1960) que el Consejo de Estado recogerá, sin miramientos,

¹⁷⁶ Trad. libre: “*En virtud de la disposición del art. 552 c. civ., el camino público comprende no solamente el suelo sobre el que este reposa, más igualmente el sub-suelo*”.

¹⁷⁷ BARCELONA Llop, Javier. 1995. *Óp. cit.*, pág. 556.

¹⁷⁸ Trad. libre: “*La demanialidad publica produce los efectos accesorios de la propiedad, y especialmente la accesión*”.

la teoría administrativa de la accesoriedad. Sobre su contenido y aplicación judicial versarán las líneas siguientes.

Una cosa será accesoria si complementa a una dependencia del dominio público (bien principal). Semejante cualidad puede, sin embargo, ser de dos clases, las que se diferencian por la naturaleza del vínculo de accesoriedad con el bien principal.

En primer lugar, una accesoriedad física (*accessoire physique*). Una cosa es accesoria si su vinculación física con el bien público resulta indisociable, por lo que serán una unidad homogénea. Así, por ejemplo, el *arrêt Sieur Kergo* (1971) dictado por el Tribunal administrativo de París. Se estimó que los locales y salas de catequesis, contiguas a la iglesia de *Saint-Eustache*, eran un indispensable complemento al culto. El Consejo de Estado, por su lado, sostuvo en el *arrêt Sieur Véricel et autres* (1971) :

“Les tronçons de galeries situés dans le sous-sol des voies publiques... n'ont donc pas été incorporés dans le domaine public”¹⁷⁹.

De esa manera, se enmendó la doctrina sostenida en el *arrêt Préfet du Maine-et-Loire* (1937), ya citando. Con el *arrêt Eidel* (1972) se concluyó que las edificaciones sobre un paseo público, aún con fines habitacionales, son accesorias del mismo. Con el *arrêt Dame Gautheron* (1971) se señaló que la infraestructura soportante –como un muro– de las vías públicas son accesorios de este. El *arrêt Département de la Somme* (2001) contiene una importante conclusión: un puente sobre el río Somme no integra el demanio fluvial, pues se encuentra afecto a la circulación vehicular más que a la navegación.

En segundo lugar, una accesoriedad útil (*accessoire utile*). Un bien es accesorio si resulta ser indispensable, necesario o útil para el aprovechamiento de otro bien, el que tiene naturaleza demanial. Esta cualidad puede resultar de servir al uso, conservación o seguridad del bien público. Se trata de una relación funcional, a diferencia de la accesoriedad física, donde la relación es material. No forman, por ello, una necesaria existencia homogénea en sus condiciones físicas. El *arrêt Ville de Nice* (1956), ya citado, es un ejemplo emblemático de esa clase accesoriedad. Se consideró, respecto

¹⁷⁹ Trad. libre: “Los segmentos de galerías situados en el sub-suelo de calles públicas...no están incorporados en el dominio público”.

a una vía pública, que eran tales las columnas publicitarias, las macetas con sus arbustos y demás mobiliario urbano. Con el *arrêt Ministère de l'Intérieur* (2007), por ejemplo, se señaló que las cámaras existentes en una ruta pública, para registrar la velocidad de conducción, son accesorias de ella. Consisten, ambos casos, en objetos no adheridos indisolublemente a una calle pública, pero que están en una relación funcional con ella. Semejante estándar es, sin embargo, excesivamente abstracto. Por esa razón interesa considerar los límites establecidos por el Consejo de Estado. Así, en el *arrêt Verial* (1971) se señala que los locales arrendados a los mercaderes, en el Palacio Consular de Burdeos, no son accesorios de este. Con el *arrêt Bissingier* (1972) se excluyó un túnel, excavado a más de diez kilómetros de profundidad, en la colina de *Croix Rosse*, en Lyon. Con el *arrêt Bordeaux* (1987), un alcantarillado, construido por quien goza de permiso especial de uso sobre el inmueble público, no es accesorio de este último.

Sea con la accesión civil o administrativa, “*la consecuencia expansiva [del demanio] se produce, no faltando decisiones jurisprudenciales que han suscitado la preocupación doctrinal ante una extensión de la demanialidad carente de toda justificación*”¹⁸⁰. Un caso ejemplar se halla en el *arrêt Consorts Philip-Bingisser* (1970).

El Código General de Propiedad de las Personas Públicas, de 2006, enfrenta los inconvenientes anotados. En su artículo 2.111-2 señala que “*font également partie du domaine public les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 qui, concourent à l'utilisation du bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable*”¹⁸¹. Al cotejar la disposición legal con la teoría administrativa de la accesoriedad, se comprueban dos diferencias. Primero, se excluye sostener la accesión, alternativamente, en vínculos materiales o prácticos (*accessoire physique ou utile*), exigiéndose, en cambio, que concurren simultáneamente ambos caracteres (*accessoire physique et utile*). Segundo, se exige que la accesoriedad concorra (*concurrent*), es decir, que sea usado directamente en el disfrute de la cosa principal.

¹⁸⁰ BARCELONA Llop, Javier. 1995. *Óp. cit.*, pág. 557.

¹⁸¹ Trad. libre: “*Forman igualmente parte del dominio público los bienes de las personas públicas mencionadas en el artículo L. 1 que, concurrendo a la utilización de un bien perteneciente al dominio público, constituyen un accesorio indissociable*”.

Será satisfecha tal exigencia al usarse el accesorio conforme al destino del bien público al que accede. Señala Ballandras-Rozet, a propósito de tal teoría:

“Le mot ‘conforme’ signifiant qui s’accorde avec quelque chose, qui convient à sa destination et implique une adaptation et un ajustement du bien accessoire à la dépendance domaniale”^{182 183}.

A partir de la teoría administrativa de la accesoriedad, surge otra: el dominio público global (*domaine public globale*). Una alternativa a esta última es la teoría de los volúmenes de dominio (*volums du domaine*). Siendo soluciones opuestas a una sola y misma interrogante, conviene tratarlas conjuntamente.

Ambas tesis buscan zanjar qué régimen se aplica a las construcciones que, con los más diversos fines, se ejecutan sobre una misma superficie de dominio público. Con el siguiente ejemplo podrá aclararse el problema apuntado. Un aeropuerto cuenta con los más diversos edificios. Basta nombrar, por un lado, la torre que controla el tráfico aéreo y, por otro, un local que ofrece suvenires a los viajeros. Siguiendo los artículos 552 y siguientes del *Code français*, sobre la accesión civil, puede afirmarse que los edificios pertenecen al titular de la superficie. De manera que tales obras serán objeto de propiedad civil si un privado tiene el dominio de la superficie. Se tratará, en cambio, de dependencias del dominio público si la superficie tiene tal calidad. Apreciando la cuestión con la teoría administrativa de la accesión -antes de sus correctivos introducidos por el Código General de Propiedad de las Personas Públicas- se llegará al mismo resultado. Cualquier edificio será accesorio del aeropuerto (bien público) porque es indisociable de la superficie (accesoriedad física). Con ambas teorías, en definitiva, los edificios tienen sólo un titular, quién lo sea de la superficie, y accederán a un solo y mismo régimen. Ocurre, sin embargo, que las necesidades de la realidad superan a estos planteamientos. Un aeropuerto, por ejemplo, contiene bienes disociables, tales como *stands* o puestos para atender a los pasajeros. Además, tales

¹⁸² BALLANDRAS Rozet, Christelle. 2007. *Óp. cit.*, pág. 583.

¹⁸³ Trad. libre: “La palabra ‘conforme’ significa que es acorde con alguna cosa, que conviene a su destinación e implica una adaptación y un ajustamiento del bien accesorio a la dependencia dominical”.

teorías conllevan un excesivo desgaste práctico porque requieren analizar, en concreto, cada bien que accede a la superficie.

La teoría del '*dominio público global*' responde al dilema planteado, sin ninguna de las objeciones dichas. Concepto clave es, en tal doctrina, el conjunto complejo (*ensemble complexes*) o reunión de bienes con una destinación común. Si su objeto es servir al interés público (uso o servicio), el conjunto quedará sujeto al Derecho administrativo; en caso contrario, será regido por el Derecho civil. Sin embargo, como toda universalidad, existe con independencia de los bienes que la componen y que tienen fines particulares, de manera que habrá bienes demaniales, así como privados, integrados al conjunto. Considerando la relevancia y cantidad de estos, se establecerá si la universalidad es pública o privada. Los bienes integrados a tal conjunto son sus instrumentos y, por ello, acceden al régimen que éste tenga. Por tanto, sucederá que cosas privadas podrán ser regidas por el Derecho administrativo sólo por integrar tal conjunto. Con el *arrêt Trani* (1962), el Consejo de Estado caracterizó esta doctrina:

*“Tente à faire entrer dans le domaine public, l'ensemble des biens faisant partie d'une même emprise ou unité foncière dont seulement une partie est affectée au public ou à un service public”*¹⁸⁴.

El Código General de Propiedad de las Personas Públicas de 2006 no se refiere a la teoría del dominio público global. Ocurre ello porque exigir unidad de régimen en tales supuestos fácticos es considerado excesivo por la doctrina francesa. Así, por ejemplo, Ballandras-Rozet señala:

“Cette theorique est sans doute appelée à disparaître, puisque le code, dont la logique est contenir l'ensemble des règles de la domanialité publique, ne la prévoit pas. Le sort de la domanialité public globale est incertain et dépendra de la position du juge à cet regard”^{185 186}.

¹⁸⁴ Trad. libre: “Entrando en el dominio público, el conjunto de bienes forma parte de una misma unidad funcional donde solamente una parte está afecta al público o a un servicio público”.

¹⁸⁵ BALLANDRAS Rozet, Christelle. 2007. *Óp. cit.*, pág. 584.

¹⁸⁶ Trad. libre: “Esta teoría está llamada a desaparecer, ya que el código, cuya lógica es contener el conjunto de reglas de la demanialidad pública, no la ha previsto. La suerte de la demanialidad publica global es incierta y dependerá de la posición del juez en este sentido”.

Finalmente, la teoría de los ‘*volúmenes de dominio*’ es una alternativa al ‘*dominio público global*’. Una universalidad cuenta con un destino que, además de ser común, es esencialmente complejo. Sujetar, por ejemplo, un local particular al Derecho administrativo es contraproducente, de la misma manera que lo es regir una calle pública por el Derecho civil. Cada componente requiere del régimen jurídico que mejor sirve al rol que cumple en el conjunto complejo. Con dicha técnica, en consecuencia, coexisten dependencias dominiales y propiedades civiles.

Esta tesis ha sido acogida por el Consejo de Estado (*arrêt La Défense* de 1973) y la doctrina (Gaudemet, Dufau, Ballandras-Rozet). Conviene citar, *in extenso*, las palabras de la última jurista mencionada:

“Des biens de la personne publique (sons) une mosaïque de parcelles enchevêtrées qui relèveraient les unes du domaine public, les autres du domaine privé ...De ce morcellement transparaîtrait une partie de consistance du domaine public en sous-tendant l’application de plusieurs régimes juridiques sur un ensemble foncier déterminé, superposition favorisant le manque de lisibilité des règles applicables”^{187 188}.

No obstante, la teoría de los ‘*volúmenes de dominio*’ no ha sido recogida por el Código General de Propiedad de las Personas Públicas de 2006. Ello se debe a que las consecuencias jurídicas que se obtenían de ella, ahora se logran con las correcciones que ese cuerpo legal realiza a la teoría administrativa de la accesoriedad. Por ejemplo, un local comercial adherido a la superficie en que funciona un aeropuerto, no integrará el dominio público. Si bien existe una accesoriedad física del mismo respecto al aeropuerto, es discutible su utilidad para la marcha del mismo y, aun cuando ella se admita, tal local no se usa en la prestación del servicio aeroportuario. En consecuencia, dicho local comercial se registrará por el Derecho civil.

¹⁸⁷ BALLANDRAS Rozet, Christelle. 2007. *Óp. cit.*, pág. 518.

¹⁸⁸ Trad. libre: “*Los bienes de las personas públicas (son) un mosaico de parcelas enredadas, que caen unas en el dominio público, las otras en el dominio privado...Esto refleja una parte consistente del dominio público, la tendencia a aplicar una pluralidad de regímenes jurídicos sobre un conjunto funcional determinado, superposición favorecida por la falta de claridad de las normas aplicables*”.

b. España.

b.1. Fernández de Velasco y sus continuadores.

El dominio público fue escasamente tratado en España hasta 1942. Ese año se publica el artículo '*Sobre la incorporación al Código Civil español de la noción de dominio público*' (1942) de Fernández de Velasco. Sostiene el autor, indudablemente inspirado en Hauriou, que "*la idea del dominio público descansa en la institución de la afectación o destino de las cosas a la utilidad pública*"¹⁸⁹. Seguidamente, critica la denominación del título ('*De los bienes según las personas a que pertenecen*') en que el Código Civil español trata el dominio público. Aseverará terminante que los bienes del "*dominio público se ofrecen como aquellos que el Estado reserva al público; pero diferenciados por ese destino y no por el sujeto*"¹⁹⁰. Con ello, se iniciarían casi ochenta años de continua reflexión sobre el demanio español. A continuación, se mencionan someramente a los continuadores de este autor.

Balbé seguirá a Fernández de Velasco con su '*Concepto de dominio público*' (1945), el cual expresa que el demanio resulta de la concurrencia de cuatro elementos copulativos. El autor coincide con la doctrina francesa al exigir como componentes a una persona jurídica pública (sujeto) y la destinación a la utilidad común (fin). Pero añade la cosa (objeto) y la orden de acudir al régimen demanial para regirla (norma), lo que contribuye en dar claridad sistemática a la teoría general del dominio público.

Más tarde, Álvarez-Gendín analizará minuciosamente el demanio, en perspectiva histórica, con '*El dominio público. Su fundamento y naturaleza jurídica*' (1952) y '*El dominio público. Naturaleza jurídica*' (1956). Este concibe al dominio público como una forma de propiedad especial y privilegiada, pero heterogénea. Existe, para el autor, un dominio público sujeto a un régimen común y otros a estatutos especiales, incluyendo entre los últimos, por ejemplo, a las minas.

¹⁸⁹ FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo. *Óp. cit.*, pág. 231. Citado por VERGARA Blanco, Alejandro. 1989. *Óp. cit.*, pág. 38.

¹⁹⁰ VERGARA Blanco, Alejandro. 1989. *Óp. cit.*, pág. 38.

En 1954, Martínez Useros publica *'Improcedencia de servidumbres en el dominio público'*. Siguiendo de cerca a la doctrina francesa, afirma que el dominio público debe reunir dos componentes. Por un lado, su pertenencia a una persona jurídica pública y, por otro, su destino a la utilidad común. Su obra acentúa la complejidad del dominio público, afirmando que *"no impone ni excluye el vínculo de apropiación o pertenencia privativa, y cuando existe apropiación, dada su teleología, rebasa la correspondencia con la propiedad privada"*¹⁹¹.

Guaita publica, en 1956, *'Le domain public en Espagne'*. Su obra destaca por un aspecto escuetamente abordado en España para esa fecha y que consiste en la siguiente interrogante: ¿Qué justifica que exista propiedad (aún pública) sobre el bien público? Este jurista responde que el dominio, al igual que el contrato, son instituciones del Derecho en general.

*"Cualquier sector del Derecho que se reglen las cosas, es una cuestión de dominio. Naturalmente, el modo público es distinto del modo privado, lo mismo que el Derecho civil se distingue del Derecho administrativo, más esto no es obstáculo a que ésta sea cuestión de dominio en los dos casos"*¹⁹².

En definitiva, Guaita sostiene correctamente que, si se trata de reglar bienes en el Derecho administrativo, la solución evidente es un dominio administrativo.

Garrido Falla se referirá al asunto en *'Sobre el régimen del dominio público'* (1962). Las opiniones vertidas en esa obra fueron luego recogidas por el mismo autor en su *'Tratado de derecho administrativo'* (1966). Siguiendo a la doctrina francesa y a Balbé, estima que son componentes del dominio público el subjetivo, el objetivo y el finalista. Sobre sus planteamientos, opina el chileno Vergara Blanco que *"a pesar de la claridad y calidad de sus desarrollos, no aportó en este tema grandes novedades"*¹⁹³.

¹⁹¹ MARTÍNEZ Useros, Enrique. 1954. *Improcedencia de servidumbres sobre el dominio público*. Madrid, Estudios de García Oviedo, Vol. I, pág. 163. Citado por VERGARA Blanco, Alejandro. 1989. *Óp. cit.*, pág. 42.

¹⁹² GUAITA, Aurelio. 1956. *Le domaine public en Espagne*. Bruselas, Revista Internacional de Ciencias Administrativas, número 22, pág. 134. Citado por VERGARA Blanco, Alejandro. 1989. *Óp. cit.*, pág. 42.

¹⁹³ VERGARA Blanco, Alejandro. 1989. *Óp. cit.*, pág. 43.

Uno de los trabajos más recientes pertenece a Sainz, llamado *‘El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, ciento cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública’* (1999). A partir del artículo 132 de la Constitución española, afirma que el dominio público se compone de sujeto, objeto y norma (que absorbe al fin –afectación–). Pero la verdadera relevancia del texto se haya en que, por su reciente publicación, contiene actualizadas defensas frente a las críticas sufridas por la doctrina patrimonialista. Sucintamente, el siguiente es el reclamo formulado a ella: no cumplir las funciones típicas de toda propiedad, máxime si se estima que es un concepto general del Derecho y no meramente civil. El dominio público sería, más bien, un título de intervención a fin de cumplir una finalidad pública. Sainz replica que la crítica es infundada y da el siguiente contrargumento:

*“El contenido del derecho de propiedad, esto es, el conjunto de relaciones que la propiedad de un bien crea entre el titular y terceras personas, tiene que estar inspirada por el interés general, y ello tanto en el caso de la propiedad privada como de la propiedad pública. La diferencia entre una y otra es de grado: toda propiedad está subordinada al interés general, pero en unos casos con mayor intensidad que otros. La propiedad privada ha de cumplir una función pública, si bien no hasta el extremo de anular la utilidad meramente individual del derecho de propiedad”*¹⁹⁴.

Finalmente, cabe consignar que la jurisprudencia española adhiere a la doctrina mayoritaria. Por ejemplo, Parejo Alfonso, en *‘Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general’* (1993), cita la siguiente sentencia del Tribunal Supremo español:

*“El dominio público, cualquiera que pueda ser su 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”*¹⁹⁵.

¹⁹⁴SAINZ Moreno, Fernando. 1999. *El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, ciento cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública*. Revista de Administración Pública, 150 (Septiembre-Diciembre), pág. 482.

¹⁹⁵ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2399.

b.2. La reacción contra el patrimonialismo: Villar Palasí y Parejo Alfonso.

Primero Villar Palasí, y luego Parejo Alfonso, afirman que el dominio público ha sido cosificado por la doctrina española mayoritaria, lo que critican por dos razones.

En primer lugar, porque esta doctrina, inicialmente, hizo suyo el incorrecto entendimiento de Proudhon sobre las fuentes históricas de dos relevantes materias. Por un lado, igualaron las nociones romanas de inalienabilidad e inapropiabilidad, lo que jamás fue hecho por los juristas de ese antiguo Derecho. La primera de estas nociones vedaba que ciertos bienes fueran objeto de actos incompatibles con su destino, mientras que el segundo se refería a la imposibilidad física de excluir a otros de su uso (*res universalis, res communis*). Por ejemplo, un objeto de derecho divino – como un crucifijo– era una cosa inalienable, pero no inapropiable (al no ser universal ni común). Al unir erradamente ambas nociones, surgió la indeseable categoría de los bienes públicos naturales. Si ellos realmente hubiesen existido, la afectación y desafectación serían un sinsentido, pero al mantenerse separadas los criterios de inalienabilidad e inalienabilidad, resulta que toda cosa apropiable puede ser objeto del dominio civil o público. Al no existir bienes que sean naturalmente demaniales, cobra sentido la incesante creación y destrucción jurídica de esta clase de bienes, mediante los referidos actos de afectación y desafectación. Por otro lado, la dogmática mayoritaria incurrió en otro equívoco en el tratamiento histórico-romano de la inalienabilidad, al entenderla como exclusión de toda forma de tráfico jurídico. Esto deja sin explicación los actos que frecuentemente se celebran respecto de los bienes públicos, como las concesiones. El pretendido equívoco se resuelve aclarando que la inalienabilidad solo excluye el tráfico civil, pero no aquel reglado por el Derecho administrativo. Los autores funcionalistas destacan el aporte de Hauriou en la superación de los errores históricos descritos¹⁹⁶. Sin embargo, afirman que la construcción del dominio público hecha a partir de aquel no queda exenta de la otra crítica a la cosificación del dominio público, la que pasa a exponerse.

¹⁹⁶ Parejo Alfonso señala al respecto: “*La definitiva superación de la tesis de Proudhon es obra de Hauriou... En consecuencia, la inalienabilidad, o, por mejor decir, el régimen peculiar y exorbitante de los bienes dominicales no es el reflejo de su específica naturaleza, sino, más sencillamente, el resultado de su afectación a un destino público, el efecto de un acto jurídico*” En PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2393.

En segundo lugar, los autores acusan que la dogmática mayoritaria carece de autonomía jurídica en sus razonamientos. Este fenómeno tendría un origen histórico, el cual es explicado de la siguiente forma:

“Del concepto abstracto y difuso de regalía, nació el demanio, como una clase especial de regalía (que llegó a comprender, entre otros bienes, a las minas, como sabemos); con el advenimiento de la policía pasará el demanio a ser un concepto técnico, deviniendo mera policía de algunas viejas regalías”¹⁹⁷.

Las regalías surgen como una incipiente intervención de los Reyes en el tráfico jurídico para fines de utilidad pública. Sin embargo, al consolidarse esa práctica estatal, se requirió dotarla de mayores justificaciones y los autores iuspublicistas fueron incapaces de resolver por sí mismos esa cuestión. En cambio, tomaron ‘prestados’ conceptos del Derecho privado, sin percatarse lo inadecuado de aplicar estos al Derecho público:

“La tesis del dominio público igual a propiedad ha conducido...al oscurecimiento de la verdadera justificación y naturaleza del mismo (aparte, añadamos nosotros, a la imposibilidad de la construcción de un Derecho de cosas estrictamente administrativo)”¹⁹⁸.

A partir de la petición por un razonamiento del dominio público hecho autónomamente por el Derecho administrativo, se construye la teoría funcionalista. Estos autores señalan que el Derecho civil usa un concepto substancial de cosa, entendiéndola como el objeto de un derecho: la propiedad civil. En cambio, el Derecho administrativo debe utilizar un concepto funcional de cosa, lo que consiste en ser el contenido que se atribuye a una función pública. Tratándose del dominio público, no es la cosa (substancialmente entendida, como objeto de un derecho) lo que se atribuye a la Administración, sino una función pública respecto de ella, consistente en habilitar el aprovechamiento de la misma por los particulares. Señala Villar Palasí que:

¹⁹⁷ VERGARA Blanco, Alejandro. 1989. *Óp. cit.*, pág. 50.

¹⁹⁸ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2403.

“Si la administración tiene hoy una serie de dominios, no lo hace con el viejo sentido regaliano de dejar las cosas así, incrementando el acervo del príncipe; antes bien, está interesada en otorgar concesiones al máximo, despojándose aparentemente del contenido útil de lo publicado. Esta aparente contradicción es la que desvela totalmente la función de la publicatio: constituir sobre ella el título de intervención”¹⁹⁹.

Cabe advertir que Parejo Alfonso, a diferencia de Villar Palasí, agrega elementos adicionales a su explicación funcionalista del dominio público. En primer lugar, señala que este es un régimen exorbitante, el cual consiste en sustraer del Derecho privado a las cosas públicas, para someterlas al ejercicio de las potestades administrativas. En segundo lugar, plantea que hay dos especies de cosas públicas; unas destinadas a usarse privadamente, contando con un derecho real de aprovechamiento, y otras, en cambio, afectas al uso común. El dominio público es, en definitiva, un título para intervenir mediante estas dos técnicas y no sólo a través de la primera como sostenía Villar Palasí. Estas diferencias ocasionan que la doctrina de Parejo Alfonso se considere²⁰⁰ una variante del funcionalismo, llamada prestación asistencial objetivada.

El origen de la diferenciación planteada se encuentra en que Parejo Alfonso recoge el concepto de *‘procura existencial’* acuñado por Forsthoff. El mérito del autor español con ello es que tal concepto no traía originalmente consecuencias concretas respecto al régimen de los bienes²⁰¹. De manera que, al incluir Parejo Alfonso este término en la explicación que recoge de Villar Palasí, logra dos efectos. En primer lugar, la *‘procura existencial’* pasará a ser el fundamento del título de intervención. Señala el autor que el demanio otorga una potestad-deber *“de configuración de determinadas condiciones para la vida social y de mantenimiento de las mismas”*²⁰². En segundo lugar y final, las técnicas se amplían, incluyendo el uso común además del privativo,

¹⁹⁹ VILLAR Palasí, José Luis. *Derecho Administrativo. Introducción y Teorías de las Normas*. 1968. Madrid, Universidad de Madrid, pág. 32.

²⁰⁰ Véase MONTT Oyarzun, Santiago. 2002. *El dominio público: estudio de su régimen especial de protección y utilización*. Santiago, Editorial ConoSur.

²⁰¹ Sobre esta afirmación, véase la letra “c” siguiente relativa a la doctrina alemana.

²⁰² PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2404.

sin perder con ello la precisión hecha por Villar Palasí, de ser el dominio público un asunto de funciones y no estrictamente de propietarios.

c. Alemania²⁰³.

c.1. La tesis tradicional: el dualismo.

La teoría histórica del Fisco es el punto inicial para estudiar el dominio público en Alemania (*öffentliche Sachen*). Su origen se encuentra en una distinción del Estado de policía. Por un lado, existe el Derecho privado (*ius privatum*), que consiste en un orden de derechos inviolables y asegurados por el juez. Por otro, el Derecho público (*ius politiae*), donde todo varía según las apreciaciones del gobernante (*Princeps*), quien sólo tiene límites éticos (y, por tanto, no jurídicos). Contra las decisiones del gobernante no cabía acción, sólo resignación, porque se entendían encaminadas al bien común. Además, éste carecía de patrimonio, pues lo suyo es el poder político. “En ese contexto surgirá la teoría del Fisco, primera forma jurídicamente construida de sujeción de la administración a la ley que conoció el mundo occidental”²⁰⁴. Junto al gobernante y sujeto a su poder se creó el Fisco (*fiscus ageret*), dotado de patrimonio. Al tenersele a este ente como un particular más, se ciñe al Derecho privado. Los efectos patrimoniales de los actos de Gobierno, en adelante, se radicarán en el Fisco. Este será, por ejemplo, obligado a resarcir a los particulares agraviados por actos estatales. Asimismo, el Fisco será el propietario de los bienes públicos (afectos a utilidad común). Éstos son, sin embargo, objeto de dominio privado, pues es la

²⁰³ Al tratar sobre la doctrina alemana respecto del dominio público, es relevante tener en cuenta la siguiente prevención hecha por Elisa Moreau Carbonell: “Puede discutirse, incluso, que en Alemania exista realmente una construcción dogmática de la teoría general de las cosas públicas, ya que su estudio suele hacerse a partir de las especialidades de cada sector de las cosas públicas (carreteras, aguas), en la llamada parte especial del Derecho administrativo (si es que la distinción entre una «parte general» y una «parte especial» responde a algo más que a simples criterios didácticos). No obstante, un importante sector doctrinal ofrece una teoría acabada de las *öffentliche Sachen* a partir de sus características comunes” (En MOREAU Carbonell, Elisa. 2000. *Régimen jurídico de las actividades extractivas en el Derecho alemán: Un sugestivo espejo para nuestro dominio público minero*. Revisa de Administración Pública, N° 152, mayo-agosto, págs. 345).

²⁰⁴ PANTOJA Bauzá, Rolando. 1996. *Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág 37.

condición que detenta el Fisco. No existe, por tanto, titularidad pública sobre bienes públicos. Un efecto curioso de dicha doctrina es que, incluso, un bien público puede pertenecer a un particular. A pesar de lo dicho, la doctrina alemana no niega las peculiaridades de los bienes públicos:

“La afectación a un destino o fin público determina el gravamen de dichos bienes por un derecho real limitado y, en concreto, una servidumbre jurídico-pública o administrativa”²⁰⁵.

Esta servidumbre comprimirá (efecto negativo) las facultades del propietario civil (el Fisco o un particular), quién tendrá, por ejemplo, que conservarlo. A su vez, extenderá los poderes del Estado (efecto positivo), quién tendrá, por ejemplo, facultades de uso y disfrute. Más que una servidumbre (concepto impropio tomado del Derecho privado) esta extensión de los poderes público es un título para intervenir la cosa objeto de la propiedad civil. De allí su régimen de Derecho público, con su consiguiente radicación en la Administración. Asimismo, conforme al Derecho privado, quien gozará de la servidumbre debe resarcir al propietario, para lo cual el Fisco acordará un valor con él o simplemente expropiará. Nótese que lo resarcido no es la titularidad dominical, sino un sacrificio especial exigido al propietario. Se ha llamado a esta doctrina dualista y es hoy sostenida por notables juristas, como Papier y Meyer. Referencia crucial es la tesis doctoral de este último, en la Universidad de Lausanne: *‘Du droit de l’Etat sur le domaine public et des utilisations privatives de ce domaine par les particuliers’* (1957). Conforme a ella, los bienes demaniales se rigen, en parte, por el Derecho civil (Estado-propietario) y, en parte, por el Derecho administrativo (Estado-poder). Resultado de la misma es la coexistencia simultánea y complementaria de dos nociones del vocablo “cosa” en la dogmática alemana:

“En efecto, en Alemania, el concepto de cosa se define, en el Derecho privado, desde una perspectiva material y de apropiabilidad para los sujetos, en cambio, en el Derecho público el mismo concepto dice relación

²⁰⁵ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2397.

*con la función que dichos bienes pueden servir a los intereses generales*²⁰⁶.

En España, Moreau Carbonell entrega una acabada descripción del dualismo alemán, la que por su claridad se citará *in extenso*:

*“Una posibilidad consiste en entender que el Derecho público de cosas se construye como un derecho igual, en su calidad y extensión, a la propiedad privada, esto es, como una auténtica propiedad (pero ‘pública’). La otra opción reside en considerar que el poder público sobre las cosas no es sino un derecho real limitado, una servidumbre pública (Deinstärkeit des öffentlichen Reichs). Pues bien, en Alemania ha triunfado esta segunda opción, a partir de una concepción unitaria del derecho de propiedad. Para la mayoría de la doctrina, la propiedad sólo puede ser privada, nunca pública, y la protección frente a agresiones se encuentra suficientemente cubierta en el Derecho civil y en las reglas de la propiedad privada. Por eso, las öffentlichen Sachen pueden regirse por las reglas del Derecho privado mientras el fin general que cumplen y al que están afectadas no se vea desfigurado; sobre ella recae una simple servidumbre administrativa, en lo que se ha dado en llamar ‘propiedad privada modificada’ (modifizierte Privateigentum)”*²⁰⁷

c.2. La ‘procura existencial’ de Forsthoff.

Esta doctrina se refiere a una relevante función del Estado en las sociedades industriales de hoy, motivo por el que su relación con el dominio público es indirecta. Estando tal especie de bienes en poder de un ente público, este debe destinarlas a la realización de esa específica función. Sin embargo, Hermut Maurer explica las limitadas consecuencias jurídicas de la ‘procura existencial’:

²⁰⁶ MONTT Oyarzun, José Santiago. 2002. *Óp. cit.*, pág. 116.

²⁰⁷ MOREAU Carbonell, Elisa. 2000. *Óp. cit.*, págs. 345.

“Según la opinión ampliamente mayoritaria, no se trata de un concepto jurídico del que puedan derivarse consecuencias jurídicas concretas (como el derecho de los ciudadanos a obtener determinadas prestaciones). Con él se pretende más bien designar una función estatal esencial en un Estado social de derecho; una función, ante todo, de la administración, que es quien debe suministrar tales prestaciones, pero también del legislador, obligado a elaborar la regulación correspondiente”²⁰⁸.

Esto significa que la doctrina en comento es indiferente a la naturaleza o régimen de las cosas públicas. En Alemania, la teoría que resuelve estas materias es el dualismo, ya estudiado en el apartado anterior. Las consideraciones dichas podrían hacer pensar que tratar la ‘*procura existencial*’ a propósito de un estudio del demanio no tiene ninguna utilidad. Sin embargo, esta primera aproximación es incorrecta por dos motivos. En primer lugar, porque el dualismo, si bien explica las materias anotadas, no precisa la función pública cuyo cumplimiento se persigue al gravar con servidumbre la propiedad civil, sea de un privado o del Fisco. En este sentido, el dualismo es una teoría formalista, en oposición a una explicación material de los bienes públicos. El vacío apuntado viene llenado por la referida ‘*procura existencial*’, por lo que esta última no se contrapone, sino que complementa al dualismo. En segundo lugar, como se destacó en otras partes de este trabajo, esa doctrina fue recibida por autores fuera de Alemania, como el español Parejo Alfonso²⁰⁹, quién obtuvo efectos jurídicos concretos al incluirla en su explicación del dominio público. Estimo que estos motivos son suficientes para abordarla sucintamente, lo que se realizará a continuación.

Ernst Forsthoff propone la ‘*procura existencial*’ (‘*Daseinsvorsorge*’)²¹⁰ en la obra ‘*Die Verwaltung als Leistungsträger*’ (1938). Otro interesante libro del autor en que la aborda, con especial enfoque crítico a la República Federal Alemana en que vive, es ‘*Der Staat der Industriegesellschaft*’ (1971).

²⁰⁸ MAURER, Harmut. 2006 (2012). *Óp. cit.*, pág. 8.

²⁰⁹ Véase para esto la letra b.2 anterior sobre Villar Palasí y la reacción contra el patrimonialismo.

²¹⁰ Es importante destacar que el concepto de ‘*Daseinsvorsorge*’ ha sido traducido como ‘*procura existencial*’, ‘*previsión existencial*’, ‘*previsión de la existencia*’, ‘*procura asistencial*’, ‘*procura existencial*’, ‘*procura de la existencia*’, entre otros.

El razonamiento de este autor parte de la evolución humana desde la autosuficiencia a la dependencia de los servicios públicos. Para este efecto, distingue entre un 'espacio vital dominado' y un 'espacio vital efectivo'. El primero es aquel en que las necesidades son satisfechas directa e inmediatamente por el individuo, al estar los medios para ello bajo su control. El segundo es, en cambio, en el cual transcurre efectivamente la existencia de la persona, sea que se satisfagan autárquicamente o no las necesidades que ella demanda. Sobre la situación de estos espacios vitales en la sociedad industrial, Forsthoff afirma:

“El apilamiento espacial de la población, desatado por la industrialización, ha conducido a que el espacio vital dominado por el individuo se redujera extraordinariamente (de la casa familiar, la granja y el taller a la vivienda de alquiler y el puesto de trabajo en la fábrica), mientras que la técnica extendía, extraordinariamente también, el espacio vital efectivo. Con el espacio vital dominado perdió el individuo las seguridades que habían dotado de cierta autonomía a su propia existencia. Ahora bien, se encontraba predestinado a unas circunstancias que vendrían en ayuda de su indigencia social y que le harían posible la existencia sin un espacio vital dominado: gas, agua, energía eléctrica, alcantarillado, medios de transporte, etc. Esta indigencia social es independiente de la fortuna personal. Se presenta de modo eminente para todo aquel que no tiene asegurada su existencia mediante un espacio vital dominado”²¹¹.

Estando impedido el individuo de asegurar su propia existencia en la sociedad industrial, quién debe garantizársela es el Estado. Ello se realizará prestando bienes y servicios para que la persona se procure su existencia. En la doctrina de Forsthoff existe un contrapunto entre las actividades interventoras y prestadoras de la Administración. En las primeras, el Estado actúa respecto de la libertad del individuo, mientras que en las segundas obra respecto de la protección de la participación de la persona en la sociedad. En la obra '*Die Verwaltung als Leistungsträger*' (1938), el autor alemán restringe las prestaciones estatales a las necesidades consideradas

²¹¹ FORSTHOFF, Ernst. 1971 (1975). *El Estado de la Sociedad Industrial*. Traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, pág. 121.

como de importancia vital. Sin embargo, en el libro *'Der Staat der Industriegesellschaft'* (1971) admite la contingencia histórica de tales necesidades y las extiende afirmando:

*“El ámbito de las prestaciones que se han de procurar en el marco de la previsión de la existencia no se ha de determinar de forma abstracta. Con seguridad le pertenece todo lo necesario para la prolongación de la existencia física. Pero además se le deberá atribuir también todo lo que pertenece a la dotación normal de la moderna vida según las posibilidades técnicas y financieras [del Estado en la sociedad industrial] como, por ejemplo, la recepción de televisión”*²¹².

Sin embargo, Forsthoff no sostiene que las prestaciones que exige la *'procura existencial'* sean ilimitadas. Sólo ocurre que la determinación de las que integrarán esta función estatal obedece a la cualidad de la necesidad y no de la prestación prevista para satisfacerla:

*“Lo decisivo sólo puede consistir en el hecho de que se trate de prestaciones de la Administración que, por su naturaleza, sean ofrecidas a la generalidad, de tal modo que sea lícito suponer que también deben ser accesibles a cualquiera que cumpla condiciones del supuesto de hecho normativo. El concepto de la procura existencial conserva su sentido concreto, tan sólo si es limitado a aquellas prestaciones estatales que están destinadas a la generalidad y al individuo como miembro de esa generalidad”*²¹³.

En este punto la *'procura existencial'* se relaciona con el dominio público, siendo útil recurrir a la economía para entender ello. Esta ciencia distingue dos criterios para clasificar los bienes; por un lado, la *'exclusión'*, y por otro, la *'rivalidad'*²¹⁴. El primero consiste en la posibilidad (técnica, material o intelectual) de impedir el uso por todo otro usuario, real o potencial. El segundo se refiere a si el uso por una persona impide

²¹² FORSTHOFF, Ernst. 1971 (1975). Óp. cit., pág. 123.

²¹³ FORSTHOFF, Ernst. 1938 (1967). *Sociedad industrial y Administración*. Traducción de la Escuela Nacional de Administración Pública de Madrid. Madrid, Escuela de Administración Pública, págs. 25-26.

²¹⁴ Véase SABINO, Carlos. 1991. *Diccionario de Economía y Finanzas*. Traducción de Adriana Toro Vásquez. Caracas, Editorial Panapo, pág. 85.

el empleo simultáneo por otra. De estos criterios resulta que los bienes no excluibles son los comunes y públicos, los que se distinguen entre sí por la rivalidad.

La protección del medio ambiente o la justicia, por ejemplo, son comunes porque el beneficio que reportan no puede atribuirse a nadie en concreto. Una carretera o un hospital, en cambio, son públicos pues tienen una capacidad máxima, de manera que el acceso a ellas de una persona puede impedir que otro también lo haga. Pero ya se trate de cosas comunes o públicas, ambas están destinadas a la generalidad y son, por ello, el objeto de la '*procura existencial*' debida por el Estado al individuo.

Con Forsthoff, cambia el entendimiento tradicional del servicio público, desde la satisfacción de las necesidades del usuario, a la provisión de bienes y servicios de naturaleza común y pública²¹⁵²¹⁶. Por ejemplo, los cuidados que un hospital prestaban a un enfermo se subsumen en la actividad de servicio. Sin embargo, la conservación de calles o puentes no es encuadrable aisladamente en ninguna actividad administrativa (orden, fomento, servicio o empresa). La '*procura existencial*' determina que esta labor se entienda como servicio, estando la cosa adscrita a los fines de este. Se pone así de relieve que, si el Estado cuida de calles o puentes, no lo hace para conservar su patrimonio, sino para que estén en condiciones de servir al tránsito, el que es un bien público a procurar a la comunidad. El dualismo explicado en el apartado anterior, por tanto, describe como jurídicamente la cosa es puesta a disposición de los fines de servicio. Conclusión con la que se reafirma que, en la doctrina alemana, el demanio no es una materia de cosas y sólo instrumentalmente es un asunto de

²¹⁵ Véase MAURER, Harmut. 2006 (2012). *Óp. cit.*, págs. 7 y sgts.

²¹⁶ Las similitudes de la '*procura existencial*' de Forsthoff con la ciencia económica son manifiestas: "La provisión de bienes públicos no puede realizarse eficientemente a través del mercado puesto que el oferente de los mismos no puede garantizar que sólo quienes paguen tengan derecho a obtener el bien; en tales circunstancias muchas personas no tendrían incentivo alguno para pagar por algo que, de todas maneras, estarán en condiciones de disfrutar, y por lo tanto quien produzca el bien no tendrá los incentivos para hacerlo. El fenómeno de quienes pueden aprovecharse de la utilidad de un bien público sin haber pagado por ello es conocido como el caso del 'free rider' (el que viaja sin pagar): cuando un bien público es provisto, éste tiene un precio que refleja el número de quienes han pagado por el mismo; pero, una vez provisto, y ya cubiertos todos los costos, cualquier persona que se incorpore al disfrute de ese bien podrá hacerlo gratuitamente sin alterar las transacciones ya realizadas. Por ello los bienes públicos se proveen generalmente a través de la acción de organismos públicos: gobiernos nacionales, regionales o municipales y asociaciones de diverso tipo". En SABINO, Carlos. 1991. *Óp. cit.*, pág. 85.

funciones públicas. En esa cultura jurídica, el dominio público es una cuestión de la ‘*procura existencial*’ que tales funciones deben satisfacer.

c.3. La alternativa propuesta por Mayer.

Mayer propone una alternativa al dualismo en su obra ‘*Theorie des französischen Verwaltungsrecht*’ (1886), ideas que también se plasmaron en ‘*Deutsch Verwaltungsrecht*’ (1905). Sin embargo, sigue aun siendo una postura minoritaria en Alemania, la que es calificada de artificiosa e incluso atrevida por sus detractores²¹⁷.

Afirma el autor que el dominio se trata de una sola institución, con expresiones distintas en cada rama del Derecho. Así, por ejemplo, Mayer se interroga y responde a la vez:

*“Qu’est-ce que la propriété publique? C’est l’idée de la propriété civile transportée dans la sphère du droit public et modifiée en conséquence”*²¹⁸

²¹⁹. Asimismo, asevera en otra parte de su obra que “*propriété civile et propriété publique, ce sont deux expressions juridiques différentes pour une seule et même idée constante*”^{220 221}.

El autor distingue la propiedad civil del dominio público “*par un caractère juridique spécial. Et c’est sous un doublé point de vue que cette spécialité se manifeste: par sa cause [destination] et par ses effets [extra commercium]*”^{222 223}. Esto significaría que, en principio, ambas especies de dominio serían distintas únicamente por su estructura normativa. Sin embargo, Mayer supera esta comprensión y entra, derechamente, en la función que cumple cada forma de dominio. No hay en ninguna de ellas una relación jurídica del sujeto con el objeto, sino que un interés jurídicamente reglado. Existe propiedad civil para amparar el interés privado. El dominio público, en cambio, existe

²¹⁷ Véase MOREAU Carbonell, Elisa. 2000. *Óp. cit.*, págs. 345 y sgts.

²¹⁸ MAYER, Otto. 1905. *Óp. cit.*, pág. 108.

²¹⁹ Trad. libre: “¿Qué es la propiedad pública? Es la idea de la propiedad civil transportada a la esfera del derecho público y modificada en consecuencia”.

²²⁰ MAYER, Otto. 1905. *Óp. cit.*, pág. 114.

²²¹ Trad. libre: “Propiedad civil y propiedad pública, son dos expresiones jurídicas diferentes pero con una sola y misma idea constante”.

²²² MAYER, Otto. 1905. *Óp. cit.*, pág. 93.

²²³ Trad. libre: “Por un carácter jurídico especial. Y es con un doble punto de vista que esta especialidad de manifiesta: por su causa (destinación) y por sus efectos (extra commercium)”.

para la utilidad común. Los bienes públicos no serían por ello susceptibles de propiedad civil, ni estructural ni funcionalmente. No debe creer, sin embargo, que Mayer sostenga la existencia de bienes públicos naturales. Por el contrario, lo que definitivamente vale como público o privado es enteramente relativo. Su argumento simplemente busca demostrar que, destinado un bien a la utilidad pública, se sustrae del tráfico privado. A la vez que desafectado, regresa al régimen de Derecho civil. No cabe, por tanto, que un bien sea sujetado a ambos regímenes simultáneamente, como afirma el dualismo predominante en Alemania.

Las anteriores conclusiones eran ilógicas frente a la teoría histórica del Fisco anteriormente expuesta y que era seguida mayoritariamente en Alemania. Al carecer de aptitud patrimonial, el Estado era incapaz de apropiarse del dominio público. Tampoco era capaz el Fisco porque, teniendo calidad de particular, sólo podía ser titular de la propiedad civil, mismo argumento que se aplica a los demás privados. Los bienes públicos parecían -en la disputa alemana entre el dualismo tradicional y la alternativa de Mayer- ser forzosamente *res nullius*: simplemente no existe quién sea capaz de apropiárselos. Ante semejante situación, Mayer exige un:

“Système qui répond aux idées générales de notre doctrine du droit administratif moderne. Cette doctrine commence par éliminer nettement tous les vestiges de l’ancienne doctrine du Fisc qui caractérise le régime de la police”^{224 225}.

Acudiendo a las fuentes históricas, especialmente romanas, el autor concluye coherentemente *“la propriété de l’Etat sur les choses publiques”*^{226 227}. Mayer asevera, reiteradamente, que esa propiedad pública es *“une manifestation de la puissance publique”*^{228 229}. Incluso en calidad de propietaria, la actividad de la Administración no

²²⁴ MAYER, Otto. 1905. *Óp. cit.*, pág. 100.

²²⁵ Trad. libre: *“Sistema que responde a las ideas generales de nuestra doctrina del derecho administrativo moderno. Esta doctrina comienza por eliminar completamente todos los vestigios de la antigua doctrina del Fisco que caracteriza al régimen de policía”*.

²²⁶ MAYER, Otto. 1905. *Óp. cit.*, pág. 100.

²²⁷ Trad. libre: *“La propiedad del Estado sobre las cosas públicas”*.

²²⁸ MAYER, Otto. 1905. *Óp. cit.*, pág. 112.

²²⁹ Trad. libre: *“Una manifestación del poder público”*.

deja de consistir en ejercer potestades, lo que resulta de su sujeción al principio de legalidad. En España, Parejo Alfonso comenta la doctrina de Mayer:

“Ha de repararse en que, para O. Mayer, la ‘propiedad pública’ es, ante todo, una manifestación del poder público. De ahí que en la exposición de este autor no aparezcan las facultades comunes del derecho de propiedad en sentido jurídico-civil (su posición no es, pues, y como antes se anunció, tan lejana a la mayoritaria en la doctrina alemana)”²³⁰.

5. El dominio público en la Legislación comparada.

Para concluir con el estudio de la evolución del dominio público, estimo relevante conocer la legislación extranjera actualmente en vigor. Primero, porque una vez que las discusiones decantan y una teoría se asienta definitivamente, es normalmente recogida por la ley. Segundo, debido a que los sistemas de Derecho continental, como el chileno, son esencialmente legalistas. Por tanto, una vez que un concepto ha sido fijado por la ley, la aplicación del Derecho debe ser fiel al mismo. Tercero, por construirse las teorías alternativas, en general, reinterpretando la ley. Cuando ello no es posible, derechamente la doctrina realiza una labor de policía de la técnica legislativa. Cuarto, porque los sistemas, aun difiriendo de país en país, forman una tradición común, como el derecho continental. Los aciertos o errores de una ley son, por tanto, experiencia para otros sistemas jurídicos.

Por estas razones, se abordan sucintamente los textos positivos de Francia y España, países de notoria influencia en Chile. El estudio sigue con las normas jurídicas de Alemania e Italia, las que tienen notables avances y planteamientos innovadores.

²³⁰ PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. *Óp. cit.*, pág. 2898.

a. Francia. Code civil y Code général de la propriété des personnes publiques.

Los artículos 538, 540 y 541 del *Code Civil* original se refinarían a “las dependencias del dominio público” (“*les dépendances du domaine public*”). Estos no contenían una definición, sino una enunciación ejemplar.

La *ordonnance 2006-460*, de 22 de abril de 2006, abrogó los preceptos civiles indicados e implantó, en cambio, un Código General de Propiedad de las Personas Públicas (“*Code général de la propriété des personnes publiques*”). El Libro II de este reglamenta el dominio público en cuatro Títulos. En el primero de ellos se señalan reglas generales y se distingue un dominio público inmobiliario y uno mobiliario. Estos contienen al demanio marítimo, fluvial, vial, ferroviario, aeronáutico y “*hertziano*” o relativo a las ondas electromagnéticas. El segundo título se refiere al uso de los bienes públicos, para lo cual, por un lado, cuenta con una parte general referida al uso conforme o compatible con el uso público y, por otra, una parte especial sobre las distintas clases de bienes. El tercer título habla sobre la protección del demanio, abordando primero las servidumbres administrativas y, luego, la policía de la conservación (“*police de la conservation*”). El cuarto y último título trata de la “*sorties des bñis du domaine public*”²³¹, es decir, su desafectación y demás mutaciones demaniales. El artículo L2.111-1 define el objeto regulado en el Libro II de este Código administrativo especial:

*“Le domaine public d'une personne publique...est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public”*²³².

²³¹ Trad. libre: “*Salida de los bienes del dominio público*”.

²³² Trad. libre: “*El dominio público de una persona pública...está constituido por los bienes que le pertenecen y que están afectos al uso directo del público, o afectos a un servicio público siempre que sean objeto de una adaptación indispensable para la ejecución de la misión de ese servicio público*”.

b. España. Constitución, Código civil y Ley 33/2003.

La Constitución española, en su título VIII llamado '*Economía y Hacienda*', constitucionaliza el demanio. Por un lado, el artículo 128 señala que "*toda la riqueza del país...está subordinada al interés general*". Por otro, el artículo 132 trata sobre los bienes demaniales, el cual reserva a la ley dos cometidos. Primero, afectar bienes al dominio público y desafectarlos. Segundo, establecer su régimen, ajustándose a principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

Otra fuente formal del dominio público en España es el Código Civil de 1889. Su Libro II se nombra '*De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*' y el Título I del mismo clasifica las cosas. El Capítulo III de tal título se llama '*De los bienes según la persona a que pertenecen*' y su artículo 339 define bienes públicos:

"Son bienes de dominio público: 1º Los destinados al uso público...2º Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional".

Otros preceptos importantes en la materia son los artículos 338, 340 y 341 del mencionado Código Civil de 1889. Con los preceptos legales anotados se construyó, durante años, la teoría del demanio en España.

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre de 2003, consiste hoy en la fuente formal por excelencia del dominio público hispánico. El Título Preliminar e, inmediatamente, los Títulos II, III y IV se refieren escrupulosamente al demanio. El primero de ellos señala su concepto, los principios aplicables y, también, los ubica en el esquema patrimonial de la Administración. El Título II entrega las herramientas para su protección. El título III aborda, por un lado, su afectación, desafectación y mutaciones relativas al uso directo y, por otro, los actos de adscripción y desadscripción de los servicios públicos. Finalmente, el Título IV señala cómo se usan y explotan los bienes públicos.

El artículo 3, inciso primero, de la Ley en comento señala que "*el patrimonio de las Administraciones públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza*". Añade el artículo 4 que, "*por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio*

privado o patrimoniales". Son bienes públicos, según el artículo 5, inciso primero, "los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales". Su artículo 6, finalmente, señala los principios que gobiernan los bienes públicos. Si bien es un precepto extenso, conviene citarlo *in extenso* por su gran completitud:

"La gestión y administración de los bienes y derechos demaniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios: a) Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad. b) Adecuación y suficiencia de los bienes para servir al uso general o al servicio público a que estén destinados. c) Aplicación efectiva al uso general o al servicio público, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas. d) Dedicación preferente al uso común frente a su uso privativo. e) Ejercicio diligente de las prerrogativas que la presente ley u otras especiales otorguen a las Administraciones públicas, garantizando su conservación e integridad. f) Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados. g) Cooperación y colaboración entre las Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias sobre el dominio público".

c. Alemania. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*.

Ningún texto positivo en Alemania aborda el demanio (*öffentlichen Sachen*) en forma genérica. Sólo existen infinidad de normas jurídicas, dictadas por los poderes federales o los *Länders* (Estados federales) y referidas a bienes concretos²³³. Los conceptos, caracteres y clasificación resultan de la jurisprudencia administrativa y la doctrina de los autores. Cabe recordar que el dualismo es la opción mayormente aceptada por la doctrina alemana. Al fundarse esta teoría en la función social de la propiedad, resulta necesario referirse a la Constitución alemana (Ley Fundamental de Bonn). Los

²³³ Véase Nota (13) en MOREAU Carbonell, Elisa. 2000. *Óp. cit.*, pág. 345.

artículos 14 y 15 de ella, ubicados en el Título I son los que reglan esta función social. Señala el primer precepto:

“Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen”²³⁴.

El segundo, por su lado, dispone:

“Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel können zum Zwecke der Vergesellschaftung durch ein Gesetz, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt, in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft überführt werden”²³⁵.

Se tratan, sin embargo, de declaraciones existentes en la mayoría de las Constituciones de la actualidad. Por ejemplo, el artículo 128 de la Constitución española y el artículo 19 número 24 de la Constitución chilena. Sin embargo, en tales culturas jurídicas, la función social de la propiedad civil no justifica el dominio público. Si una propiedad civil debe servir a una función pública, necesario es que exista la primera, de lo contrario, mal podrían asignársele fines. De manera que, en estos casos, es posible limitar el dominio privado, pero no excluirlo. En Alemania, en cambio, esto es correcto por entenderse -como ya se explicó- que una cosa pública es un gravamen que debe soportar el propietario civil, sea este un particular o el Fisco.

d. Italia. *Costituzione* y *Código civil*.

La Carta fundamental italiana (*Costituzione*), al igual que la española, constitucionaliza los bienes públicos. Señala el artículo 42 que *“la proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati”²³⁶*. Contenido que, sin embargo, sencillamente se refiere al titular del bien, ya que el constituyente italiano guarda silencio sobre el régimen o destino de los bienes públicos.

²³⁴ Trad. libre: *“La propiedad obliga. Su uso deberá servir también el bien público”*.

²³⁵ Trad. libre: *“Con fines de socialización, la tierra, los recursos naturales y los medios de producción pueden ser transferidos a un régimen de propiedad pública u otras formas de gestión pública por una ley que fije el modo y el monto de la indemnización”*.

²³⁶ Trad. libre: *“La propiedad es pública o privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a entes o a privados”*.

El Código civil (*Códice civile*) de 1946, hasta hoy, es la única fuente acuciosa sobre la generalidad del dominio público en Italia. Asimismo, el vacío constitucional ya señalado, es llenado por ese cuerpo normativo. Son los artículos 822 y siguientes de tal Código los que se refieren latamente a la materia y que se ubican en el Capítulo II (*Dei beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*²³⁷), del Título I (*Beni*), en el Libro III (*Proprietá*).

El artículo 822 del Código civil italiano, por una parte, enumera ejemplarmente los bienes públicos y, al terminar, agrega “*gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico*”²³⁸. Por otro, el artículo 823 del mismo Código caracteriza su régimen jurídico, señalando que “*sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano. Spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico*”²³⁹. Uniendo ambas disposiciones resulta posible entregar una noción del dominio público en Italia: son tales los que, por disponerlos la ley, se gobiernan por el régimen (inalienabilidad y tutela administrativa) del artículo 823 del Código civil italiano.

6. Examen final de las concepciones doctrinales del dominio público: sobre la naturaleza jurídica de esta institución.

Estimo que las distintas concepciones doctrinales²⁴⁰ ya estudiadas son correctas en las críticas que unas a otras se formulan. No obstante, cada cual contribuye a una comprensión parcial del demanio, lo que se debe a que los aciertos que logran están referidos a determinados niveles en que opera esta institución.

²³⁷ Trad. libre: “*De los bienes pertenecientes al Estado, a los entes públicos y a los entes eclesiásticos*”.

²³⁸ Trad. libre: “*Los otros bienes que son por la Ley sujetos al régimen propio del dominio público*”.

²³⁹ Trad. libre: “*Son inalienables y no pueden formar objeto de derechos a favor de terceros, sino en el modo y dentro de los límites establecidos por las leyes que los regulan. Corresponde a la autoridad administrativa la tutela de los bienes que forman parte del dominio público*”.

²⁴⁰ En el capítulo I, estas concepciones fueron sintéticamente expuestas y nombradas como ‘*dominio eminente*’, ‘*patrimonialismo*’, ‘*funcionalismo*’ y ‘*prestación asistencial objetivada*’.

Para un mejor entendimiento de la anterior afirmación considero necesario distinguir, como hace Villar Ezcurra²⁴¹, entre ‘títulos’, ‘formas’ y ‘técnicas’ de intervención del Derecho administrativo. El primero consiste en la justificación normativa para la actuación del Estado, la que se encuentra en la potestad que el ordenamiento jurídico le otorga. En el dominio público, el título corresponde al elemento normativo-asignativo (la ley que reserva el bien a la Nación y entrega su administración al Estado). En segundo lugar, la ‘forma’ se trata de la justificación material para la actuación del Estado, las que pueden ser el orden, servicio, fomento o empresa pública. En el dominio público, la forma corresponde al elemento finalista (el cometido público del bien reservado). La técnica es, en tercer lugar y final, el medio por el cual la potestad (título) se expresa para el cumplimiento del fin (forma), siendo tales, por ejemplo, la comunicación o aviso, el registro, la autorización o permiso, la concesión, la dictación de planes, programas o normas generales o especiales, la interpretación administrativa, la fiscalización, la sanción, etc. En el dominio público, la técnica corresponde a la reunión de los elementos subjetivos, objetivos y normativo-funcional (el ente público, la cosa a su cargo y la decisión de regir la relación entre ellos por la técnica demanial). Un aspecto importante a tener presente es que una técnica no está vinculada a un binomio título-forma, pues las primeras son intercambiables:

“Las técnicas son meros instrumentos que, como tales, pueden y de hecho son utilizadas bajo formas diferentes de la actividad administrativa lo cual recomienda desechar cualquier intento de acotar esta forma en función del contenido de la actividad. [Por ejemplo] la finalidad de estímulo (fomento) puede requerir la utilización de técnicas encuadrables en la actividad de policía (autorizaciones, obligaciones, sanciones)”.

Esto explica porque, por ejemplo, cuando el Legislador quiera otorgar potestades para fomentar una actividad, tenga distintas alternativas. Por un lado, podrá usar la técnica de los beneficios tributarios o, por otro, puede reservar el insumo esencial de ella a la Nación y disponer el tráfico administrativo del mismo (técnica demanial). Otro caso se da cuando quiera otorgar potestades para entregar una prestación objetiva a la

²⁴¹ VILLAR Ezcurra, José Luis. 1999. Derecho Administrativo Especial. Madrid, Editorial Civitas, págs. 21 y sgts.

comunidad. Una técnica consiste en subsidiar la obtención del bien por el particular, pero también podría reservar dicha cosa al Estado y destinarla al uso común (técnica demanial).

A continuación, se explicará cómo cada concepción doctrinal entrega luces sobre los títulos, formas y modos que constituyen los elementos del dominio público.

En primer lugar, el régimen del dominio público requiere de una previa reserva o *publicatio* de la cosa, la que es una actuación soberana sobre como configurar un aspecto de la vida en comunidad. Aun cuando los bienes puedan ser técnica y material o intelectualmente apropiables, se requiere además que normativamente lo sean, siendo esto lo que las fuentes históricas llaman '*potestas eminens*'. Al no concebírsele límites originalmente y siendo el Rey soberano, sirvió para justificar su actuar. Pero la Revolución francesa, si bien primeramente mantiene la cualidad del dominio eminente de estar exento de límites, atribuye la misma a la Nación, sustituto soberano del monarca. De manera que este último ya no podrá disponer libremente de los bienes públicos, volviéndose sólo su custodio. Esto explica que el Rey (y luego la Administración pública), perdiendo sus facultades dominicales, obtenga a cambio funciones y competencias para cumplirlas. Al mismo tiempo, la comunidad tiene en el Parlamento un representante natural, a quién le tocará disponer -en su nombre- de ese poder eminente y sin límites (en sus inicios). Por tanto, la utilidad histórica del dominio eminente no fue solo transformar la técnica civil de '*derechos subjetivos*' en '*potestades*' administrativas, sino también democratizar el objeto de estas últimas. Además, estimo que también es el origen remoto del control al ejercicio de la *publicatio*. Por ejemplo, en el siglo XVIII, Vattel ya se planteaban incipientes límites a la '*potestas eminens*'. Con la actual instauración del Estado constitucional de Derecho, la materia sobre la que se ejercía tal *publicatio* devino constitucionalmente relevante. Ello originó su control mediante expedientes formales y materiales, consistiendo este último en un especial deber de justificación. Por ejemplo, en Chile se exige que la *publicatio* se haga por ley de quorum calificado, dictada en interés nacional y que sea compatible con el principio de subsidiariedad. En conclusión, el dominio eminente explica como el título de intervención (elemento normativo-asignativo de la propiedad pública) se inserta en la organización del Estado y las

consecuencias que ello tiene. La *publicatio* y las potestades administrativas son partes del referido elemento normativo-asignativo, determinando esta doctrina, por un lado, la manera en que se distribuirán estos poderes y, por otro, que su ejercicio será controlado. El inconveniente de entender el dominio público sólo desde esta concepción es que resulta oscura para la relación del elemento normativo-asignativo del demanio con los demás (finalista, subjetivo, objetivo y normativo-funcional).

En segundo lugar, los títulos de intervención (*publicatio* y potestades administrativas), insertos en el Estado de la manera indicada, tienen también la siguiente función. Conectan el fin o elemento teleológico con la técnica de intervención (conjunción de los elementos subjetivo, objetivo y normativo-funcional del demanio). Así, la reserva demanial (primer título) servirá a un cometido público y este se realizará por medio de las técnicas contenidas en las potestades administrativas (segundo título). El funcionalismo es la teoría que explica mejor esta interrelación de los elementos del dominio público. Sin embargo, la ambigüedad que ella presenta, además de su inserción institucional (resuelto ya mediante el dominio eminente), dice relación con dos materias. Por un lado, no precisa abstractamente los fines que puede perseguir el dominio público, que superan con creces al otorgamiento de títulos de uso privativo sobre la cosa pública. Por otro, tampoco permite obtener conclusiones sobre el objeto, sujeto y técnica del dominio público que sean abstractas e independientes de la interrelación de estos elementos. El funcionalismo simplemente da por supuestos el contenido de estas dos materias. La variante de esta doctrina, llamada prestación asistencial objetivada, entrega luces sobre el fin del demanio. Esta postura discurre sobre que un servicio público puede tener prestaciones subjetivas u objetivas. Las del primer tipo han sido tradicionales, como el cuidado de un enfermo en un hospital, y corresponden a una obligación de hacer o no hacer (subjetiva) que asume el Estado. Las segundas, en cambio, son una categoría propuesta en Alemania por Forsthoff. Lo que se presta en estas es el uso o goce de una cosa (objetiva) por el particular, como cuando circula por una calle (uso común) u obtiene un título para instalar un kiosko (uso privativo). Estimo que la doctrina en comento es sólo parcialmente correcta, por dos motivos. Por un lado, la técnica demanial admite, además del fin de servicio, el de empresa, como cuando el Estado reserva para sí la explotación de un recurso, sin

admitir concurrencia particular. Por otra, estimo que es inapropiado considerar un fin de servicio a los bienes publicados con el único fin que el Estado gestione su tráfico administrativo. Sea que un servicio se otorgue objetiva o subjetivamente, debe ser continuo, permanente y otorgado a la generalidad de la población, pues estos son los principios de tal actividad estatal. Si bien esto ocurre en el uso directo de una calle o indirecto de un hospital (al emplearse la cosa cuando se presta el servicio subjetivo), no sucede así, por ejemplo, con las minas concesibles. El rol del Estado a su respecto únicamente es gestionar su tráfico administrativo, producto del cual no habrá un acceso general, sino competitivo y, por tanto, restringido a quien obtenga la concesión minera, de manera que esta finalidad demanial queda mejor encuadrada como fomento de la riqueza nacional. La concepción de la prestación asistencial objetivada además contribuye al entendimiento de los elementos subjetivos y normativo-funcional del dominio público. Así determina que, para cumplir un fin específico, se recurra a técnicas apropiadas, por ejemplo, para prestar el disfrute de una plaza, se asigne su administración a un ente público, quién tendrá que tutelar y cuidar su destinación. Sin embargo, esta doctrina es insuficiente para explicar las peculiaridades propias del elemento objetivo y la vinculación de este con los otros componentes.

En último lugar, la *publicatio* y las potestades administrativas, los fines de servicio, empresa o fomento que persiguen y las técnicas por las que se realizarán están todos referidos a una cosa. La teoría que mejor da cuenta de esta situación es el patrimonialismo, como pasa a explicarse mediante tres observaciones. En primer lugar, la relación del bien con el elemento finalista, que exige al primero sea apto para servir al fin público, lo que ocurrirá cuando la cosa sea permanente e irremplazable. La segunda observación consiste en la relación del bien con el elemento normativo-asignativo, la cual se manifiesta de tres maneras. Primero, es la norma de asignación quién determina una porción precisa e inequívoca de la realidad, con lo cual la cosa se transforma en bien. Segundo, determina a quién aprovechará tal bien, lo que es una cuestión de asignación dominical, que en principio no prejuzga la forma concreta que él adopte como propiedad pública o privada. Tercero, una vez determinada la regla de apropiación del bien, resultará también fijado el haz de facultades privadas o potestades administrativas que se otorgará. Esta decisión debe ser funcional a la

persona o colectividad a quién se atribuyó el aprovechamiento de la cosa, motivo por el cual la propiedad civil o pública son especies de una noción abstracta de dominio. La tercera y última observación es el vínculo entre la cosa y el elemento normativo, tanto en lo asignativo como en lo funcional, pues tales técnicas siempre tendrán como objeto a la primera. El desplazamiento de régimen de la cosa desde el Derecho civil al administrativo es integral y se logra mediante la afectación. Este último mecanismo resuelve la situación de una cosa, que es técnica y material o físicamente apropiable por todos individualmente, pero que se asigna a todos los individuos en forma simultánea, es decir, a la Nación toda.

En síntesis, el dominio público es una institución compleja que puede abordarse desde sus distintos elementos y las interrelaciones de ellos. Las diversas concepciones doctrinarias contribuyen en distintos aspectos a esta labor, pero puede reprocharse que muchas de esas materias son deducibles de principios del Derecho público. Así ocurre, por ejemplo, con la separación de poderes y la vigilancia recíproca de estos, que haría redundante la tesis del dominio eminente. Otro caso es la teoría de las potestades públicas propia del Derecho administrativo, que haría innecesario el funcionalismo. También mediante la distinción entre título, técnica y modo de Villar Ezcurra se podría derechamente prescindir de todas las concepciones. Sin embargo, estimo que no conviene ello por dos motivos. De un lado, estas doctrinas son una construcción histórica que aclara la terminología empleada en el dominio público, ayudando con ello a insertar este en tales principios y teorías generales del Derecho público. De otro, ninguno de estos recursos se pronuncia sobre la naturaleza del dominio público, algo que sólo realizan tales concepciones del dominio público.

El patrimonialismo estima que la naturaleza del dominio público y civil es la misma, pero el régimen de uno y otro es distinto en razón de sus fines. El funcionalismo y su variante llamada prestación asistencial objetivada afirman que no se tiene propiedad sobre el bien público, sino un título para intervenir la cosa, a fin de realizar con ello una función pública. El dominio eminente se encuentra en una situación intermedia, pues desdobra el rol de propietario y autoridad. Por el primero, el Fisco posee bienes de la misma forma que cualquier particular, sean estos públicos o fiscales. Por el segundo, en cambio, el Estado se encuentra revestido de un poder (*'ius eminens'*)

para intervenir no sólo el patrimonio de los privados, sino el suyo propio, con fines de utilidad pública. El análisis crítico de todas estas posturas me permite concluir que el dominio público es una cuestión doble. Primeramente, es una de asignación o propiedad y, solo una vez que esta se resuelve a favor de la reserva estatal, pasa a ser también un asunto de funciones públicas a que se subordina y sirve tal asignación.

En consecuencia, estimo que la naturaleza jurídica del dominio público es la misma que la propiedad civil, pero una y otra serán distintas por los requerimientos de la rama jurídica a la que sirven. Esto diferencia las facultades de la propiedad civil, otorgadas en interés privado, de las potestades del dominio público regidas por un fin de interés común. Esta circunstancia no es extraña en el Derecho administrativo, quién regularmente recoge instituciones del Derecho civil (como la propiedad, que tuvo su origen en él) y las adapta a sus peculiares necesidades. Así ocurre, por ejemplo, con la contratación administrativa, en que se ha escrito:

“La Administración, cuando contrata, no se encuentra en una idéntica igualdad frente a su co-contratante. Mientras este satisface su interés particular, la Administración satisface el interés general. El resultado de un contrato en su ejecución es de suma importancia para la Administración. De ahí, entonces, que la mutabilidad del contrato derive de un conjunto de potestades de las cuales es titular la Administración y que dinamizan la contratación”²⁴².

²⁴² CORDERO Vega, Luis. 2015. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago, 2° Edición, Editorial Thomson Reuters, pág. 435-436.

CAPÍTULO III.

BASES JURÍDICAS DEL DOMINIO PÚBLICO EN CHILE.

La teoría general del dominio público se ha expuesto abstractamente, siendo las referencias a las normas internas solo ejemplificaciones. En consecuencia, se precisa radicarla directamente en el Derecho nacional. Con este fin, se tratarán profusamente las tres fuentes internas que tratan genéricamente al demanio (Constitución Política de la República, Código Civil y Decreto-Ley N° 1.939). Existen otras normas legales y reglamentarias, referidas no ya a la generalidad del demanio, sino a dependencias concretas del mismo. Estas dan gran densidad a la materia, por su diversidad y dispersión por el ordenamiento jurídico. El objetivo no es tratarlas copiosamente, pues ello excede a una teoría general, de manera que sólo se hará una ordenación racional de ellas. Finalmente, se expondrá sobre las ideas esenciales de la jurisprudencia y doctrina en la materia. Así se proveerá de un cuadro que, aunque no exhaustivo, sí sea completo respecto a la teoría general dominio público en Chile.

1. Constitución Política de la República de 1980²⁴³.

a. Art. 19, número 23.

El dominio público en Chile tiene origen constitucional. El artículo 19, número 23, inciso primero, dispone:

“La Constitución asegura a todas las personas: 23°. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así”.

²⁴³ Las citas de artículos en este número 1 que no hagan referencia a una norma jurídica en particular, se entienden realizadas a la Constitución Política de la República.

Semejante garantía es una innovación del constituyente de 1980, pues no existió en las Constituciones de 1925, de 1833, ni las anteriores.

Al decir de Aedo Zapata²⁴⁴, asegura el derecho ‘a’ la propiedad, mientras que el artículo 19, número 24, tutela el derecho ‘de’ propiedad. Los modos de adquirir conectan ambas garantías constitucionales. El rol del artículo 19, número 23, exige que operen generalmente para todas las personas, por igual. Su concreta configuración, en cambio, es indiferente a esa garantía, porque es una cuestión de dominio. Desde esa perspectiva, el precepto en estudio es accesorio al artículo 19, número 24.

El artículo 19, número 23, establece la opción política del constituyente por una economía libre más que social. Esto queda de manifiesto en las actas de la Comisión Ortúzar (oficialmente, “*Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*”, o CENC). Así, por ejemplo, el comisionado Ovalle señaló:

*“Una declaración como la que se propone –garantizar el libre acceso a la propiedad- deja en la categoría de leyes inconstitucionales a aquellas que indiscriminadamente reserven amplias categorías de bienes al Estado”*²⁴⁵.

Asimismo, el comisionado Rodríguez, al justificar la disposición constitucional, señaló:

*“Que no vuelva a ocurrir en Chile lo que ya aconteció con anterioridad, en el sentido de que el sector público prácticamente arrasó o pretendió arrasar con todo el sector privado”*²⁴⁶.

Finalmente, el presidente Ortúzar, al explicar el sentido del precepto, afirmó:

“Lo que se ha querido destacar aquí es el derecho prioritario, en cierto modo, de los particulares a incorporar bienes que la naturaleza y que la providencia creó para incorporarlos a su patrimonio privado, con preferencia al Estado. De tal manera que solamente por excepción estos bienes pueden reservarse al dominio nacional o del Estado. Ese es el sentido y alcance”.

²⁴⁴ AEDO Zapata, Milena Andrea. 2006. *Óp. cit.*, pág. 39.

²⁴⁵ ACTAS Oficiales, *Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*. 1976-1988. Santiago, Gendarmería de Chile, sesión 202, pág. 16.

²⁴⁶ ACTAS Oficiales, *óp. cit.*, sesión 202, pág. 17.

De esta manera es que, *prima facie*, los bienes no deben reservarse a alguien en específico, debiendo el Legislador actuar en consecuencia. Esto significa que el particular se encontrará en una posición libre, por la cual no tendrá el deber de adquirir un bien, ni deberá abstenerse de hacerlo, siendo la elección enteramente suya. A esta posición jurídica del particular se le llama libertad de adquisición de bienes o, resumidamente, libertad adquisitiva.

En consecuencia, el dominio público se concibe en la Constitución como un régimen excepcional frente a la libertad adquisitiva. El constituyente, en primer lugar, quitó toda una categoría de bienes de ser objeto de esta libertad, los que llama cosas comunes. Enseguida, reglamentó las agresiones legislativas a la posición del particular (restricciones y privaciones), permitiendo discernir cuando estas son o no legítimas. El estudio particular de lo expresado es objeto de los siguientes acápite.

a.1. Las cosas comunes.

La Comisión Ortúzar tuvo en mente la teoría del dominio público al redactar la Constitución de 1980. Así, por ejemplo, el comisionado Silva Bascuñán sostenía sobre el rol del artículo 19, número 23:

“Esta es una norma de carácter institucional u orgánico; está dando una base de organización social más que un derecho, está sentando las bases de un régimen de los bienes más que consagrando derechos particulares en favor de todos los habitantes”²⁴⁷

El comisionado Guzmán señala que no queda a la voluntad legislativa la situación de los bienes comunes:

“Existen bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres y en que prácticamente no es la voluntad del legislador la que los sustrae de la apropiación privada. En cambio, entiende que hay otros en que es la voluntad del legislador, atendidas las circunstancias”²⁴⁸.

²⁴⁷ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 197, pág. 473.

²⁴⁸ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 197, pág. 479.

En otra oportunidad, el comisionado Guzmán señaló que la naturaleza del bien es lo que hace público al mismo:

“Entre los bienes a que se refiere el inciso primero hay un hecho común: a unos la naturaleza los ha hecho comunes a todos los hombres por su propio contenido; y otros, por su naturaleza, deben pertenecer a toda la nación. Entonces, aquellos que por su naturaleza son comunes a todos los hombres, constituyen una clase; y aquellos que por su naturaleza deben pertenecer a toda la nación, es otra clase”²⁴⁹

El señor Silva Bascuñán, corrigiendo inmediatamente lo dicho por Guzmán, señala que es el destino del bien y no su naturaleza aquello que lo hace público:

“No es la naturaleza del bien, sino la destinación u objetivo a que está consagrado, que no es caprichoso, lo que le da el carácter: “en tanto y cuanto el bien sea destinado al objetivo”²⁵⁰.

En otra sesión, las intervenciones del comisionado Eyzaguirre son una precisa explicación de la teoría del dominio público:

“Los bienes nacionales de uso público obedecen a una concepción doctrinaria, en que el uso y goce pertenece a la nación toda: son las calles, las plazas, los puentes, los caminos. [...] El dominio nacional pertenece a la nación toda, y no está radicado en el Estado como ente jurídico, si bien el Estado puede ser el administrador de esos bienes nacionales; pero, en ningún caso, tiene el mismo carácter del dominio del Estado, que es patrimonial: es un dominio fiscal sobre bienes mucho más concretos y sobre los cuales siempre se ejerce el dominio privado”²⁵¹.

Estas amplias citas hechas a las actas de la Comisión Ortúzar demuestran el plan que sobre los bienes se tuvo en mente. Este recoge la distinción entre cosas apropiables e inapropiables. Las primeras presentan la cualidad de poder radicar su aprovechamiento en una persona, con exclusión de otros, lo que las hace aptas para

²⁴⁹ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 198, pág. 647.

²⁵⁰ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 198, pág. 648.

²⁵¹ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 197, pág. 479-482.

ser objeto del dominio. Las cosas inapropiables, en cambio, son las que, pudiéndose usar por una persona, es imposible actualmente excluir ese mismo uso por otras. He preferido no calificar dicha imposibilidad de natural o física debido a tres motivos, pese a que la Constitución sí lo hace. Primero, porque la posibilidad de disfrutar en exclusiva una cosa no es algo dado por la naturaleza, sino por el estado de la técnica intelectual o material. Imagínese que, en un futuro, exista un gobierno planetario que reclame como su demanio la alta mar, tal como hoy lo hacen los Estados sobre el mar territorial. Asimismo, hoy los objetos astronómicos son considerados inapropiables, pero nada excluye que, con el avance de la tecnología, puedan minarse o remolcarse asteroides, haciéndolos objeto del provecho de un solo individuo. Segundo, porque de haber recogido el texto constitucional la teoría del dominio público, no se sigue que también se haya querido congelar el contenido de esta última. Si la teoría presenta avances compatibles con la Constitución, corresponde que el intérprete los recoja, siguiendo el espíritu de la Comisión Ortúzar. Finalmente, porque los términos usados por el artículo 19, número 23, pueden entenderse de forma que guardan armonía con el planteamiento hecho. Este precepto señala que las cosas son comunes por sus condiciones naturales. Ello se debe a que, en estas cosas, prima la presentación (inapropiable) en que se encuentran en la naturaleza, frente a la imposibilidad técnica de alterar esta realidad, la que es contingente.

Las cosas apropiables pueden ser objeto de dominio privado (incluido el fiscal) o excepcionalmente reservarse a la Nación. Las inapropiables, en cambio, no pueden ser objeto de propiedad alguna. Ello no excluye la existencia de otras posiciones jurídicas respecto a las cosas comunes, las que son similares a las que se dan a propósito de los bienes públicos. Tómese como ejemplo el aire, que es común, y una plaza, la que es pública. La persona, en ambos casos, podrá usarlas, sin que pueda en ello excluir el disfrute hecho por otros. La Administración del Estado, quien no es dueño de una ni de otra, tendrá la tuición, cuidado y tutela sobre ambos bienes, a fin garantizar que sirvan a su rol. Sin embargo, existen relevantes diferencias entre ambas clases de cosas. No existe un dueño del aire pues no hay actualmente como poseerlo en exclusividad, aunque sí es concebible que se perjudique el uso ajeno, como cuando se contamina. En cambio, al ser apropiables las plazas, estas sí tienen

un dueño (la Nación) y un particular no sólo puede entorpecer el disfrute ajeno (por ejemplo, dañando su mobiliario), sino impedirlo al ocuparla ilícitamente. Además, el aire conservará su condición jurídica mientras no exista forma de superar su presentación natural. En cambio, las cosas públicas pueden ser objeto de mutaciones demaniales, como ocurre si una plaza es desafectada de su fin público y, pasando así al dominio fiscal, la superficie de la misma es enajenada.

En consecuencia, las cosas comunes son una imposición de la realidad al Derecho. Los bienes públicos, en cambio, no son un imperativo, sino que es la ley quién los crea y, por tanto, puede también suprimirlos. Este es el motivo tenido en cuenta por el constituyente al distinguir una y otra clase de bien en el artículo 19, número 23.

a.2. Las agresiones legislativas a la libertad de adquisición de bienes.

En la mente del constituyente, se encontraban dos formas en que podía ser atacada la libertad adquisitiva, las que pasan a revisarse.

En primer lugar, se agrede esta libertad al restringir quienes pueden acceder a ciertos bienes. Frente a esta posibilidad, la Constitución otorga dos especies de garantía al ciudadano. Por un lado, una garantía de naturaleza subjetiva, consistente en adscribir a la persona un derecho ‘a algo’ frente a la actividad legislativa, de contenido negativo (exigir un ‘no hacer’). Se trata del artículo 19, número 22, que exige al Parlamento abstenerse de discriminar arbitrariamente en materia económica. Este precepto es una manifestación concreta de la garantía de igualdad del artículo 19, número 2 y una exigencia derivada de la garantía de contenido esencial del artículo 19, número 26. Por otro lado, la segunda garantía entregada al particular es objetiva y consiste en prever una norma especial de competencia para que el Legislador restrinja la libertad de adquirir bienes. El artículo 19, número 23, inciso segundo, establece:

“Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

De este precepto se deduce que son cuatro los requisitos para ejercer válidamente esta potestad. Primero, que la ley sea quién regule o limite la libertad adquisitiva de los bienes. Segundo, que tal ley debe ser aprobada con quorum calificado. Tercero, una especial justificación de la ley, pues esta debe dictarse por interés nacional. Finalmente, al referirse el precepto a "*algunos bienes*", impone a la ley un deber de determinación en su contenido, excluyéndose las normas abiertas o indeterminadas. De lo expuesto se concluye que las opciones del Legislador no son enteramente libres y queda, por tanto, sujeto a la censura del Tribunal Constitucional.

La segunda forma de en qué se agreda la libertad adquisitiva es reservando una clase de cosas a la Nación, lo que significa que estas derechamente serán sustraídas a la posibilidad de ser apropiadas por todas las demás personas. *Prima facie*, resultaría improcedente tal medida, pues el constituyente ya optó por una economía libre. Sin embargo, la misma disposición quita a los privados "*los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres*" y, luego, otorga competencia al Legislador para sustraer más bienes. Vuelve a surgir la necesidad de salvaguardar la posición libre del ciudadano, pero analizar los límites de esta potestad legislativa es más complejo. Ninguna señal dejó el constituyente en la materia, por lo que corresponde interrogarse si los requisitos para restringir la libertad adquisitiva se aplican también cuando se priva derechamente de ella. Estimo que la respuesta afirmativa se impone por lógica. No tendría sentido someter a exigencias gravosas la limitación de un derecho, mientras que la privación de él se entrega a condiciones menos rigurosas.

a.3. Las condiciones de ejercicio de la potestad de restringir o privar de la libertad de adquisición de bienes.

A continuación, corresponde estudiar en profundidad los límites constitucionales a la potestad de restringir o privar de la libertad adquisitiva. El primero de ellos, la exigencia de ley, obliga a determinar si el reglamento puede o no concurrir en la materia y, en la afirmativa, cuánto puede hacerlo. El segundo límite consistente en aprobar la ley con quorum calificado, no demanda mayor comentario. Es una exigencia constitucional de un inequívoco consenso democrático. El tercero límite, relativo al concepto de interés

nacional, demanda determinar su contenido. Además, para ese fin, será necesario referirse a quien entiende la Constitución como titular del dominio público. El cuarto y último límite exige señalar determinadamente el bien a publicar, lo que obliga a preguntarse si las reservas generales o tácitas al demanio son constitucionales en el Derecho chileno.

Antes de comenzar el análisis de estas materias, se deben tener en cuenta dos cosas. Primero, son dos las potestades normativas que intervienen en el dominio público. Por un lado, la publicación o poder de reservar bienes al Estado y, por otro, la afectación o acto mediante el cual se adscribe un bien en concreto al dominio público. Segundo, la distinción entre conceptos discrecionales, indeterminados y determinados que un texto normativo pueda contener al crear una potestad. García de Enterría, en "*La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos)*"²⁵², distingue estas especies de conceptos de la siguiente forma. La discrecionalidad se caracteriza por la pluralidad de soluciones justas, pero no por ello hay inmunidad al escoger, pues se controlará apreciando la adecuación, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de lo resuelto. En consecuencia, que haya varias soluciones posibles, no significa que todas serán válidas, pues sólo se podrá echar mano a aquellas compatibles con las técnicas de control referidas, las que siempre serán dos o más. En la determinación o indeterminación de un concepto, en cambio, no se elige una solución, ya que existe sólo una normativamente válida, hallándose la distinción de estas dos en otra propiedad. Habrá determinación cuando la realidad a que se refiere el concepto sea delimitada en forma precisa e inequívoca. En cambio, la indeterminación supone que esa realidad no se encuentra fijada con exactitud. Al momento de aplicar el concepto indeterminado, se necesitará juzgar si lo abstractamente querido por quién formuló el concepto (por ejemplo, el Legislador), se cumple o no en el caso concreto.

²⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 1992. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos)*. En *Revisa de Administración Pública*. N° 38, págs. 159-208.

i) La ley y la concurrencia del reglamento a propósito del dominio público.

El artículo 19, número 23, otorga al Legislador la potestad de publicar cosas y, a raíz de ello, también la de configurar el poder de afectación. La relación que existe entre ambos es la de una ley y el acto administrativo que la pone en ejecución para un caso concreto o singular. Por ejemplo, una vez expropiado un terreno, se construirá en él una carretera, procediendo luego la autoridad a su afectación. Esto quiere decir que, constatado que la cosa está destinada al fin previsto en el artículo 589 del Código Civil, se le reconoce sujeta al régimen demanial. No todas las cosas que la ley publica requieren de la concurrencia posterior de una afectación administrativa, siendo las aguas un ejemplo.

Establecer la relación entre, por un lado, la ley de publicación y el acto administrativo de afectación y, por otro, la potestad reglamentaria (de cuyo ejercicio resulta un reglamento), requiere comenzar definiendo esta última. Ella es el poder de dictar “acto[s] de carácter normativo emanado[s] del Poder Ejecutivo y, específicamente, de entre aquellas autoridades que tienen poder para dictarlo [cómo el Presidente de la República], subordinado[s] a la ley y, por tanto, de rango inferior a la misma, cuyo objeto es ejecutar la ley o regular materias que no son propias de ella”²⁵³. En una primera aproximación, se podría pensar que el acto administrativo de afectación es un resultado de ejercer la potestad reglamentaria, pues -como se señaló- ella es el poder de dictar actos que ejecuten una ley (reglamentos) y la afectación es precisamente una ejecución singular de la *publicatio*. Sin embargo, esta primera aproximación es incorrecta, por el siguiente motivo que explica Jorge Bermúdez:

*“La Administración del Estado con potestad reglamentaria cuenta, además, con potestad para dictar actos administrativos de contenido particular, generalmente señalada como potestad de mando. [...] La distinción entre uno y otro es vital, ya que permitirá fijar el lugar del mismo dentro del ordenamiento jurídico, así como las posibilidades de controlarlo. **Una confusión en el ejercicio de ambas potestades puede traer como***

²⁵³ BERMÚDEZ Soto, Jorge. 2010 (2011). *Óp. cit.*, pág. 52.

consecuencia la vulneración del principio de inderogabilidad singular del reglamento²⁵⁴²⁵⁵ (énfasis añadido).

Los criterios que el autor citado propone para distinguir actos reglamentarios y administrativos son dos. En primer lugar, que el reglamento afecta a un número indeterminado de personas, mientras que el acto administrativo sólo a un sujeto en específico. Esta explicación es insuficiente, pues hay actos de esta última especie con efectos sobre la generalidad de la población. El segundo criterio señala que el reglamento colabora con la ley precisando la forma en que esta última podrá ser ejecutada, pero no es la ejecución misma de ella para un caso concreto, lo que realiza un acto administrativo o una resolución judicial. Estimo que este es el recto sentido de la diferenciación entre actos reglamentarios y administrativos, por lo que, aplicando este criterio al dominio público, resulta lo siguiente. La *publicatio* y las demás leyes que rigen el demanio son una emanación de la potestad legislativa. El reglamento, procedente de la potestad reglamentaria, colabora precisando la manera en que serán puestas en práctica tales leyes, debiendo subordinarse a ellas. Finalmente, el acto de afectación crea jurídicamente un concreto bien público, resultando del ejercicio de la potestad de mando y, por ello, está no sólo subordinado a la ley, sino al reglamento (cumpliéndose, de esta forma, con el '*principio de inderogabilidad singular de tal reglamento*'). Aquello que tienen en común las normas jurídicas mencionadas, de distinto rango jerárquico, es que todas ellas están destinadas a un número indeterminado de individuos (la población en general).

Establecida la relación entre la ley, el reglamento y el acto administrativo, pueden plantearse las distintas formas en que la potestad reglamentaria podría colaborar con las leyes relativas al dominio público. Una vez establecidas dichas posibilidades, se

²⁵⁴ Este principio es explicado por Jorge Bermúdez en los siguientes términos: "*El supuesto es que una autoridad [administrativa] cuente con potestad de mando y reglamentaria (es decir, puede dictar actos administrativos y actos reglamentarios). En tal caso, podría confundir el ejercicio de tales potestades y derogar la aplicación del reglamento para un caso en particular. Ello atenta contra el principio de igualdad y de juridicidad [...] [Por tanto], los actos administrativos de contenido particular no pueden vulnerar lo dispuesto por un reglamento, ni tampoco un acto de contenido general (una circular interna o una instrucción) ni tampoco dispensar de su observancia. En consecuencia, la derogación singular iría en contra de la jerarquía normativa*" (*Ibid.*, pág. 57).

²⁵⁵ *Ibid.*, pág. 50.

deberá determinar si todas estas son constitucionalmente legítimas y, en la afirmativa, los límites que tienen.

El reglamento puede colaborar de varias maneras con tales leyes que gobiernan el demanio. Primero, precisando los elementos de la *publicatio*, tales como el objeto, el sujeto o la finalidad. Segundo, detallando las condiciones de ejercicio de la potestad de afectación, en el caso que la ley requiera de ese acto particular para ejecutarla. Tercero, normando el uso directo o indirecto del bien por los habitantes. Cuarto, reglando los usos privativos, sean generales o especiales. Quinto, complementando las normas legales sobre tuición, cuidado y tutela del bien por el órgano público a cargo del mismo.

Estudiar la legitimidad de cada alternativa requiere previamente mencionar las teorías propuestas sobre la relación colaborativa de la ley y el reglamento. Existe, por un lado, la llamada teoría de la reserva absoluta, según la cual “*el reglamento no tiene cabida en la regulación de los derechos, ni aun para ejecutar la ley*”²⁵⁶. De otro lado, existe la teoría de la reserva relativa, la cual sostiene que “*en la Constitución no existe una reserva de ley sino que varias. Dependerá de la intensidad de la reserva el ámbito del reglamento. [...] La primera posición predomina entre 1990 y 1996. La segunda posición se inicia en 1997, y se ha mantenido hasta la fecha*”²⁵⁷. Estimando esta última correcta y por ser la recogida por la actual jurisprudencia, será la teoría empleada para resolver sobre la legitimidad de las alternativas propuestas, lo que pasa a realizarse a continuación.

El reglamento no podrá precisar los elementos de la ley de publicación, pues en esto la reserva legal es absoluta. La Constitución exige, por ejemplo, determinación del bien objeto de la misma, lo que significa que es la misma ley quién debe señalarlo precisa e inequívocamente. Supóngase el caso en que una ley distingue lagos mayores y menores, sin precisar qué se entiende por cada uno, pero señalando que los primeros serán bienes nacionales. No podrá el reglamento suplir ese vacío, estableciendo que son tales los navegables por buques de más de 100 toneladas de registro grueso. En

²⁵⁶ CARMONA Santander, Carlos. 2001. *Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control*. En Revista de Derecho, N° 3, Consejo de Defensa del Estado, Santiago, pág. 16.

²⁵⁷ CARMONA Santander, Carlos. 2001. *Óp. Cit.*, pág. 16.

cambio, la reserva legal de las condiciones de la potestad de afectación es relativa. El reglamento podrá detallarlas, pero sujetándose estrictamente a los elementos determinadamente impuestos por la ley de publicación. Por ejemplo, si la ley señala que los lagos mayores son los navegables por buques de más de 100 toneladas de registro grueso, podrá el reglamento exigir un estudio previo al acto de afectación. Enseguida, la potestad reglamentaria también podrá colaborar en el ordenamiento de los usos comunes o privativos del bien público. Sin embargo, siendo la destinación de la cosa a un fin público un elemento de la ley de publicación, deberá igualmente ceñirse estrictamente a ella. Piénsese en las ordenanzas municipales, que regularmente norman el uso común de calles y plazas y, por ejemplo, la instalación en ellas de kioskos o ferias (usos privativos). Un interesante caso se ha dado con las ordenanzas de aseo y ornato, en que se obliga a los propietarios de un inmueble a mantener y regar el área verde (bien nacional) que lo enfrenta. Al respecto, el dictamen N° 38.623 de 2016 de la Contraloría General de la República señala:

“Siendo el aseo y ornato una función privativa del municipio, esta no puede ser desarrollada con la participación de otros órganos de la Administración del Estado, ni traspasada a los vecinos de la comuna, correspondiéndole su cumplimiento de manera exclusiva y excluyente”.

Finalmente, el reglamento también podrá concurrir para detallar la administración que se hará del bien público. Por ejemplo, en el mismo dictamen ya citado, se estableció que no existe inconveniente en que las ordenanzas municipales ordenen registrar el patrimonio arbóreo existente en las áreas públicas de una comuna. Estimo que esta materia es aquella en que menos intensidad tiene la reserva legal. Sin embargo, por su intermedio no podrían crearse nuevos oficios públicos, alterarse la estructura del órgano o atribuirle competencias o funciones, todas materias que tienen una fuerte reserva legal.

ii) El interés nacional y la titularidad del dominio público.

La Constitución exige al Congreso Nacional justificar la publicación de bienes en el interés nacional, concepto normalmente considerado indeterminado. Esto significa que

habría sólo una alternativa legítima, aun cuando se afirmase que ella sea contingente (modificable de cambiar las condiciones fácticas). Las consecuencias de esta postura son que, en un lugar y tiempo dado, habría bienes que no podrían pertenecer al dominio público. A la vez, existirían otros que forzosamente tendrían que integrarlo. Una primera aproximación a las actas de la Comisión Ortúzar parecería avalar este entendimiento. El comisionado Guzmán en la materia afirmaba:

“Era un resorte y una facultad del legislador establecer cuáles eran bienes nacionales de uso público. Con mucha razón y claro fundamento, el señor Eyzaguirre manifestó que eso no era así, por cuanto el concepto de bien nacional de uso público rebasaba, doctrinaria y jurídicamente, la voluntad del legislador, y tenía una connotación objetivamente precisable”²⁵⁸.

No obstante, estimo que el interés nacional exigido por la Constitución no es un concepto indeterminado, sino discrecional. Entenderlo en la primera forma vuelve irrelevante al Parlamento en la materia, siendo más adecuado dejar la decisión sobre el régimen de los bienes a un organismo técnico. Esta lectura es inadmisibles, ya que la Constitución afirma que Chile es una república democrática (artículo 4). De manera que la configuración de la sociedad corresponde a los poderes cuya legitimidad emana de la soberanía nacional. Además, un acabado estudio del artículo 19, número 23, no puede olvidar que el texto aprobado por la Comisión Ortúzar no fue el que finalmente incorporó la Constitución de 1980. Así se demuestra en el siguiente cuadro comparativo:

Artículo 20, número 22, del proyecto constitucional de la CENC.	Artículo 19, número 23, de la Constitución Política de la República.
<i>“Art. 20, 22º.- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que por su naturaleza son comunes a todos los hombres o deban</i>	<i>“Art. 19, 23º.- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la</i>

²⁵⁸ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 197, págs. 482-483.

<p><i>pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así.</i></p> <p><i>Una ley, con quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional, puede reservar al Estado determinados bienes que carecen de dueño y establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.</i></p> <p><i>La ley debe propender a una conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar”.</i></p>	<p><i>ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.</i></p> <p><i>Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.</i></p>
--	---

El énfasis (negrilla) añadido al proyecto de la Comisión Ortúzar se debe a la discusión que causó. Los comisionados entendieron que el inciso primero se refería a bienes nacionales de uso público, como plazas o caminos. En ellos no hay discrecionalidad legislativa: si están entregados al uso común de los habitantes, la ley no puede hacer más que reconocer ese hecho. El inciso segundo, en cambio, permitía sustraer bienes a la adquisición de los particulares, en razón del interés nacional y que el Legislador configurara libremente los términos de esa reserva. Al respecto, es crucial reproducir los principales pasajes de las actas de la Comisión Ortúzar en la materia. El presidente de esta instancia señaló a propósito del interés nacional:

“Cuando se trata de reservar al Estado toda una categoría de bienes, tiene que ser una razón superior de interés nacional; no va a jugar una causal de interés local, o de interés social, o de utilidad pública. De manera que comparte la observación que formula el señor Guzmán en el sentido de referir esto fundamentalmente al interés nacional”²⁵⁹.

Posteriormente, el comisionado Rodríguez expuso una posible antinomia entre los incisos primero y segundo del artículo 20, número 22, del proyecto constitucional:

²⁵⁹ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 198, págs. 657.

“Le parece que, de acuerdo con los términos en que se aprobó el precepto, la ley no podría reservar al Estado el dominio inalienable de determinados bienes, porque, evidentemente, ello iría contra el enunciado general que establece la libre adquisición del dominio de toda clase de bienes [es decir, en contra del inciso primero, que solo hace inalienable los bienes nacionales de uso público]. Por consiguiente, los bienes que se reservaren al Estado, éste a su vez podría enajenarlos y entregarlos, y la ley no podría disponer la inalienabilidad, como lo establece, por ejemplo, la actual ley del Petróleo. Su pregunta consiste en saber si efectivamente lo anterior está en el pensamiento de la Comisión o si es algo que sencillamente va a pasar así, poco menos que de contrabando. A su entender, debe darse a la ley la posibilidad de declarar que ciertos bienes pueden llegar a ser inalienables, por razones de seguridad nacional, incluso, o por aquellas que se califiquen. Pero, si no se dice en forma expresa, parece que cuando dicho dominio se reserva al Estado y puede llegar a ser inalienable, podría llegarse a sostener que dicha ley sería inconstitucional”²⁶⁰.

La discusión que causó esta intervención concluyó con una propuesta del comisionado Díez, de dejar constancia que:

“Se da libertad al legislador para determinar las características de la reserva. Esta puede ser inalienable, negociable o alienable. Por ejemplo, se reservan al Estado, en Aysén, propiedades que no pertenecen a nadie. ¿Para qué? Para propender al fomento agrícola, por ejemplo. Y la ley establece que, en determinadas circunstancias, a determinadas personas y junto a determinados requisitos, el Estado puede transferir determinados predios en dominio, en Aysén. Esa ley es absolutamente constitucional. Ahora, en el caso que la ley declara reserva del Estado las minas de estaño, y dice “y al declararse reserva del Estado las minas de estaño, éste no podrá enajenarlas y deberá trabajarlas”, etcétera; es también constitucional. No se está violando norma alguna, porque la excepción a la

²⁶⁰ ACTAS Oficiales. Óp. cit., sesión 198, págs. 667-668.

libertad de adquisición está también señalada en el número segundo, que es la reserva. La libertad de adquisición no está sólo limitada por los bienes que, según su naturaleza, pertenecen a todos, sino que también está limitada por la reserva del Estado. ¿Qué otro sentido puede tener la reserva del Estado?”²⁶¹

A estas palabras, el presidente Ortúzar señaló:

“Agregaría, para los efectos de dejar constancia, que en el evento de que el legislador haga la reserva sin pronunciarse, sin decir nada, el Estado no puede, naturalmente, enajenar”²⁶².

Por último, se acordó dejar constancia en el acta de que lo expuesto por Díez y Ortúzar era el recto sentido del artículo 20, número 22, inciso segundo, del proyecto constitucional. De manera que, en ese texto, la libertad adquisitiva está restringida por las cosas comunes, los bienes nacionales de uso público y las reservas estatales justificadas en interés nacional. En las dos primeras no existe ninguna discrecionalidad, por lo que, dándose los supuestos fácticos, la ley no debe más que reconocerlos. En la tercera, en cambio, es necesario formular una doble distinción: la causal para establecerla y el régimen que tendrá. En esto último, el Legislador goza de libertad para configurar la reserva al Estado. Podrá entregarlas al dominio fiscal sin más o dar reglas especiales, crear un patrimonio de afectación o derechamente sujetarlas a un régimen de dominio público. El abanico de posibilidades a que puede echar mano es tan amplio, porque la causa que justifica su establecimiento también lo es. No puede, por tanto, entenderse el interés nacional exigido para las reservas estatales como un concepto indeterminado, sino discrecional, aunque no por ello ilimitado. Las soluciones que se ubiquen fuera de los márgenes de apreciación dados al Congreso Nacional serán naturalmente censurables. La Comisión Ortúzar dio luces sobre esto, al señalar que la reserva debe reportar beneficio a la Nación toda, y no sólo a una localidad o un sector de la sociedad.

²⁶¹ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 198, págs. 668.

²⁶² ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 198, págs. 668.

Este análisis histórico hecho se enfrenta con un inconveniente normativo que a continuación se resolverá. Las reservas estatales, contenidas en el artículo 20, número 22, inciso segundo, del proyecto de la Comisión Ortúzar, fueron eliminadas del texto definitivo del actual artículo 19, número 23. El Consejo de Estado no alteró la propuesta en esta materia, por lo que sólo cabe concluir que los cambios provinieron de la Junta de Gobierno. No es posible conocer que se tuvo en mente para ello, pues no existen actas. Tampoco puede saberse indirectamente, mediante el estudio de la discusión del Acta Constitucional N° 3²⁶³, ya que esta contiene íntegramente la propuesta de la Comisión Ortúzar en la materia. En consecuencia, sólo cabe especular alternativas. Por un lado, que la eliminación buscó privar al Estado de la posibilidad de reservar bienes para sí. Por otro, que se consideró redundante, pues todas las posibilidades (cosas comunes, bienes nacionales de uso público y reservas estatales) quedaban comprendidas en el inciso primero. Estimo que, a falta de una historia indudable en esta materia sobre el artículo 19, número 23, se debe optar por esta última interpretación, por avenirse mejor con la convivencia democrática. Esta posibilidad, no obstante, acarrea una interrogante adicional: si la incorporación se hizo en los términos que entendía la Comisión Ortúzar o en otros. Siendo tales actas solo una parte y no toda la historia del artículo 19, número 23, no pueden tomarse con la misma fuerza que al estudiar otras materias constitucionales. Es por ello que propongo la siguiente interpretación del requisito en estudio de la *publicatio*.

El interés nacional exigido por la Constitución, de acuerdo a lo ya explicado, es un concepto discrecional y no indeterminado. En consecuencia, el Legislador tendrá varias posibilidades al ejercer la *publicatio* o potestad de sustraer bienes a la libre adquisición de los privados, aunque no ilimitadas. El control de la decisión se realizará de dos maneras.

Primero, mediante las técnicas generales de la adecuación, racionalidad, necesidad y proporcionalidad de lo decidido. Estos criterios se apreciarán respecto de dos objetos. Por un lado, que el interés en privar a los particulares de la libertad de adquisición cumpla esos parámetros. Por otro, que el régimen propuesto en sustitución del tráfico

²⁶³ D.L. N° 1.552 de 1976, Acta Constitucional N° 3.

privado también se ajuste a esos criterios. A modo de ejemplo, puede estimarse legítimo sustraer del tráfico privado el agua, pero no un concreto régimen de usos privativos que se propone crear en su sustitución.

Segundo, la *publicatio* tiene una técnica especial o propia de control. El artículo 19, número 23, señala que son bienes públicos los que deban pertenecer a la Nación y la ley lo señalé así. El interés nacional en la publicación de un bien se encuentra, por tanto, en este imperativo de pertenencia. Aquello que pertenece a una persona o colectividad se le dice ser de “su” propiedad y tener esta titularidad significa, en términos funcionales, aprovechar el bien. Para el interés que justifica la *publicatio*, es indiferente la forma en que la Nación pretenda disfrutar del bien. Su uso colectivo (camino o lago) vale tanto como su afectación al servicio público (áreas silvestres protegidas), al fomento nacional (minas concesibles) o a la empresa pública (minas no concesibles e hidrocarburos). La única limitación es que a toda ella debe aprovechar el bien y no sólo a localidades o sectores concretos. En cambio, los beneficios que la Nación pretenda obtener si determinan el régimen jurídico que gobernará la cosa objeto de la *publicatio*. En las destinadas al uso común, el régimen demanial será forzoso (inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad). Será el Estado quien tutele y administre este, no como titular del dominio, sino de una función: gestionar el interés de pertenencia a la Nación. Tal aseveración no se encuentra prevista en el artículo 19, número 23, pero puede deducirse de otras disposiciones, como el artículo 1, que fija los cometidos del Estado. Mientras la *publicatio* del bien es objeto de ley de quorum calificado, la función estatal a su respecto (tutela, cuidado, tutela y disfrute) es materia de ley ordinaria. En cambio, tratándose de los bienes destinados a otros fines, como el servicio, fomento o empresa pública, el régimen dependerá del beneficio que se pretenda obtener para la Nación. El Legislador podrá entregar la cosa al dominio fiscal, con o sin reglas especiales, crear un patrimonio de afectación o adscribirlas al régimen demanial, sea para emplearlas en un servicio público, gestionar títulos de uso privativo por particulares o explotarla exclusivamente mediante empresas públicas.

Finalmente, una cuestión interesante de plantear es si la posible existencia de un principio de subsidiariedad en la Constitución constituye un criterio que impone

soluciones en la materia al Legislador. El examen de este postulado exige previamente determinar el sentido de este principio. Por la extensión que ello demanda y su relación con otras materias, será objeto más adelante de un acápite propio.

iii) La determinación del bien público.

Esta materia debe relacionarse con las formas de publicación estudiadas al hablar de los elementos normativos (asignativo y funcional) del dominio público. Una adscripción dominical hecha nominalmente en un texto legal, cumple indudablemente con el imperativo de determinación. Pero podría pensarse que no se ajustan a este requisito las reservas demaniales generales o tácitas. Esta conclusión debe descartarse, considerando el significado estudiado de la cualidad de determinado. Esta es la definición en una norma jurídica, de una realidad concreta a la que se aplicará el efecto que ella prevé. En la teoría del dominio público, la determinación dice relación con que la norma legal fije de manera precisa e inequívoca el bien que se sujetará al régimen exorbitante. No cumplirá este requisito, por ejemplo, la ley que reserve al Estado toda la riqueza natural del territorio. Tampoco la que entregue a la Nación todos los bienes de producción, ni una *publicatio* sobre los que sean esenciales para el fomento nacional. Lo que tienen en común cosas tales como la “riqueza natural”, los “bienes de producción” o los “esenciales para el fomento nacional” es ser indeterminadas. Quién aplique la norma deberá discernir, caso a caso, si el objeto se encuentra en lo abstractamente previsto por el Legislador, colaboración vedada por la Constitución. Esta no exige que la determinación se haga expresa y específicamente, bastando que la ley publiquen una categoría, o incluso de por supuesto el bien que está regulándose en el texto legal, siempre que no haya lugar a dudas. Por ejemplo, la pertenencia al patrimonio público de los bienes intelectuales es genérica. Abarca cosas tan disímiles como las que no son objeto de derechos de autor, como aquellas en que cesó la protección deferida a este. Constituye no obstante una realidad indudablemente delimitada y, por ello, una *publicatio* válida. Otro ejemplo son las áreas protegidas, cuya adscripción al demanio se explicó que puede o no ser predicada. Si se acepta que lo integran, se trataría de una *publicatio* tácita, válida por comprender una parcela

claramente delimitada de la realidad. El que exista controversia sobre su condición pública o fiscal no obsta lo dicho, pues esta no se refiere a la determinación de la cosa, sino a la destinación que en Chile puedan o no tener los objetos de dominio público.

a.4. El principio de subsidiariedad.

Establecido el sentido del artículo 19, número 23, corresponde retomar la interrogante sobre el principio de subsidiariedad. Para ese fin, primero se analizarán las múltiples alternativas que existen para dotarlo de contenido, tomándose partido por una. Enseguida, se aplicará la opción escogida a la potestad de publicar bienes.

i) Los sentidos posibles de la subsidiariedad.

El art. 1, inc. tercero y cuarto, disponen que:

“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

La doctrina tradicionalmente afirma que este precepto constitucional recoge el principio de subsidiariedad. Por ejemplo, señala Mario Verdugo al comentar el artículo citado:

“El principio de subsidiariedad, reconocido y garantizado por la Carta Fundamental en este caso, constituye un derecho de las sociedades intermedias a realizar por su esfuerzo e iniciativa (autonomía) la consecución de sus fines específicos, subordinados al bien común”²⁶⁴.

La doctrina de la subsidiariedad distingue dimensiones positiva y negativa en este valor. Por la primera, el Estado debe proteger a las actividades privadas y, por la segunda, abstenerse de intervenirlas cuando sean desarrolladas eficazmente. El Estado tiene que crear las condiciones que les permitan tal desempeño y sólo

²⁶⁴ VERDUGO Marinkovic, Mario. PFEFFER Urquiaga, Emilio. NOGUEIRA Alcalá, Humberto. 2005. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág. 112.

excepcionalmente podrá intervenirlos o sustituirlos. El fundamento para esto último es el bien común, cuyo concepto puede obtenerse del artículo 1, inciso cuarto: la mayor “*realización espiritual y material posible*” del individuo. Si la actividad privada es ineficaz, habrá posibilidades de realización desperdiciadas, lo que obliga al Estado a intervenir. Las formas, medios y técnicas que usará deberán ser adecuados, necesarios, racionales y proporcionales. En ciertos casos bastará sujetar la actividad a una autorización previa; pero en otros será necesario darle un seguimiento continuo al particular, acudiendo a la fiscalización. Enseguida, podrá optarse por reservar la actividad a quienes obtengan una concesión u otro título habilitante o, finalmente, podrá derechamente el Estado reservarla para sí.

Estimo que esta interpretación es inadmisibile y, para fundamentar ello, propongo distinguir un sentido fuerte y uno débil de la subsidiariedad. El primero ya se expuso: el Estado debe abstenerse de intervenir lo desarrollado eficazmente por los privados. La diferencia entre regular la actividad o asumirla derechamente sería cuestión de grado: ambas son intervenciones estatales, siendo diferentes sólo por su intensidad. La subsidiariedad en un sentido débil, en cambio, debe desechar ese criterio. Una cosa es quién tiene la titularidad para desarrollar una actividad (los particulares, el Estado o ambos); pero otra distinta, las condiciones en que ese titular podrá desempeñarla. La Constitución no prefiere a uno u otro para desarrollar una actividad. Por ejemplo, el artículo 19, número 21, consagra la libertad de empresa y, a reglón seguido, habilita al Estado para fundar y mantener empresas públicas. Nada más afirma el constituyente sobre la titularidad empresarial y el artículo 1 nada contribuye en esta materia, pues de su texto sólo se desprende la autonomía de la empresa privada, no la preferencia de ella sobre la empresa pública. Frente al particular, el Estado cumple en la economía un doble rol. Es tanto un competidor (por ejemplo, Banco del Estado de Chile), a la vez que regulador (por ejemplo, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras). El constituyente es indiferente *prima facie* con la incursión en el mercado de entes públicos y privados, pero no respecto a las condiciones de la misma. El Estado deberá abstenerse de regular sin necesidad, lo que garantiza la autonomía privada y, de surgir la necesidad de reglamentar, tendrá que hacerlo con igualdad: mismas condiciones a públicos y privados. La razón para intervenir no es ya la ineficacia del particular, sino

del orden existente, quienquiera que participe en él, pues tanto la falla del mercado, como de la regulación, exigen al Estado corregirla para maximizar el bien común.

Por tanto, la subsidiariedad permite afectar la libertad de acción contestando dos preguntas (¿cuándo y cómo regular?), pero exigiendo que la solución trate igual a quienes desarrollarán la actividad, sean particulares o públicos. Excepcionalmente, la regulación podrá establecer regímenes desiguales o excluir a los demás particulares (monopolio²⁶⁵) “*por motivos justificados que establezca la ley*” (artículo 19, número 21, inciso segundo). No se trata ya de justificar la regulación (afectación a la libertad), sino que la ruptura de la igualdad por un privilegio o una carga. Este principio de igualdad consiste en que a los ‘iguales’ deberá dárseles el mismo trato y, *a contrario sensu*, a los ‘desiguales’ se les deberá tratar distinto. El autor Iván Díaz describe acertadamente este principio en los siguientes términos:

“Lo igual se refiere a elementos en comparación que coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes y que lo desigual alude a elementos en comparación que divergen en al menos una de sus propiedades relevantes. En el primer caso se dice que son iguales y en el segundo caso se dice que son desiguales. Lo igual y lo desigual aluden siempre, por tanto, a pares en comparación que coinciden o no coinciden en sus características o propiedades relevantes”²⁶⁶.

El problema al estudiar la igualdad entre un particular y un ente público es que difieren en sus fines. El Estado siempre tendrá fines públicos y su persecución es imperativa. Además, en una sociedad democrática el ente público no puede autoasignarse fines, por públicos que sean: esta función compete al legislador. En cambio, el particular libremente decide si desarrollará o no una actividad y el fin que buscará con ello. Este puede perseguir fines de interés general, como cuando constituye una fundación de beneficencia, pero también el lucro al crea sociedades. En definitiva, un ente estatal y un particular difieren en una propiedad esencial, que es la guía de su actuar. Mientras

²⁶⁵ Así ocurre, por ejemplo, con las concesiones de distribución de electricidad (D.F.L. N° 4 de 2006 de Economía, que fijó texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Servicios Eléctricos).

²⁶⁶ DIAZ García, Iván. 2012. *Igualdad en la aplicación de la ley: concepto, iusfundamentalidad y consecuencias*. Ius et Praxis, 18 (2). Talca, Universidad de Talca, pág. 44.

el ente público está regido por el principio de servicialidad, el particular lo está por el de autonomía privada. El constituyente, como se dijo, no impide que en una misma actividad concurren uno y otro, persiguiendo cada uno sus propios fines. Sin embargo, resurge una cuestión: el motivo por el cual tratarlos con igualdad, lo que se vuelve más necesario cuando -como se demostró- la desigualdad entre ellos obligaría a tratarlos distinto. La respuesta se encuentra nuevamente en la diferencia entre participar en una actividad y regularla. Ocurre que el interés público en cada una de esas materias es distinto, lo que puede ejemplificarse con la actividad bancaria. El objetivo al regular la banca es custodiar la propiedad de los depositantes y la estabilidad del financiamiento. Los artículos 144 a 153 de la Ley General de Bancos²⁶⁷, con dicho fin, contiene la garantía estatal a los depósitos y captaciones que la banca recibe del público. Es fácil comprender que la consecución de los propósitos de la regulación exija sujetar a ella a todos los agentes, particulares o públicos. La propiedad relevante aquí es sólo el giro del sujeto, con independencia del fin con que lo desarrolle. Es por ello que frente a la regulación puede predicarse igualdad, y con ello el imperativo de dar mismo trato al particular y el ente público. Por ejemplo, no existe motivo para que los ahorros depositados en el Banco del Estado de Chile (ente público) tengan 'más' garantía que los colocados en el Banco de Chile (particular). El giro u objeto de ambos es el mismo, las operaciones descritas en los artículos 40 y 69 de la Ley General de Bancos²⁶⁸. En otra situación se encuentra no ya la regulación 'de' la actividad, sino de la participación estatal 'en' la actividad. El artículo 3 de la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile²⁶⁹ dispone que este tendrá por objeto:

“Prestar servicios bancarios y financieros con el objeto de favorecer el desarrollo de las actividades económicas nacionales”.

²⁶⁷ El D.F.L. N° 3 de 2016 del Ministerio de Hacienda fijó el texto refundido, sistematizado y coordinado del D.F.L. N° 252 del año 1960, Ley General de Bancos, del D.L. N° 1.097 de 1097 del año 1975, Ley Orgánica de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y demás textos legales referidos a bancos y sociedades financieras u otras empresas fiscalizadas por tal Superintendencia.

²⁶⁸ El D.F.L. N° 3 de 2016 del Ministerio de Hacienda fijó el texto refundido, sistematizado y coordinado del D.F.L. N° 252 del año 1960, Ley General de Bancos, del D.L. N° 1.097 de 1097 del año 1975, Ley Orgánica de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y demás textos legales referidos a bancos y sociedades financieras u otras empresas fiscalizadas por tal Superintendencia.

²⁶⁹ Esta ley está actualmente contenida en el D.L. N° 2.079 de 1977 de Hacienda.

La propiedad relevante aquí no es el giro, sino el interés público que invoca el Estado para entrar en ese giro. La banca particular, en cambio, ingresa a esa actividad con otro propósito: el lucro de sus accionistas. Al diferir en esta propiedad, la banca pública y privada, si bien iguales ante la regulación del giro, son desiguales en su ejercicio. Esto explica que el particular, por ejemplo, decida con libertad la orientación de su negocio y el destino de la utilidad obtenida. En cambio, el artículo 31 de la Ley Orgánica del Banco del Estado²⁷⁰ señala que los recursos de este se destinarán preferentemente a operaciones de fomento. Añade el artículo 5 de esa Ley que el Presidente de la República, por decreto, podrá ingresar todo o parte de las utilidades del Banco a arcas fiscales. A lo que no se le da ese destino expreso, pasará a las reservas de este por el solo ministerio de la ley. En consecuencia, si se aprecia globalmente al particular y a un ente público en el desempeño de una actividad, no son iguales, sino que semejantes. Existe coincidencia en una propiedad, como es el giro hecho, pero divergencia en otra cualidad, que es el fin perseguido. La primera circunstancia obliga a regular la actividad considerando iguales al particular y al ente público. La segunda, en cambio, compele a diferenciar a este último del primero en la ejecución de la actividad. Como ambas cosas ocurren respecto a una misma realidad social (la actividad), colisionan los intereses públicos a promover. La interrogante es, por tanto, como conciliarlos o dicho en otro modo: cuanto puede sacrificarse la regulación de la actividad por la participación estatal en ella. La subsidiariedad en sentido débil entrega al legislador una pauta suficientemente flexible para resolverlo y por tanto compatible con la democracia.

En principio, el Estado tendrá que desempeñarse en igualdad de condiciones que los privados. El interés público en participar de la actividad quedará *prima facie* supeditado al fin -también público- de que una regulación eficaz debe dar el mismo trato a todos los partícipes. Sin embargo, se podrá romper esa igualdad, pasando a preferirse el primer principio sobre el segundo, siempre que exista una justificación. Así será cuando, en primer lugar, sea razonable, en el sentido de guardar relación con el fin de la participación estatal en la actividad; en segundo lugar, adecuada para perseguir este

²⁷⁰ Esta ley está actualmente contenida en el D.L. N° 2.079 de 1977 de Hacienda.

objetivo; en tercer lugar, tiene que ser necesaria, es decir, no pudiendo lograrse con las mismas reglas a que están sujetos los particulares; y finalmente, tiene que ser proporcional, lo que veda al legislador de hacer un uso desmedido de esta competencia, que impida perseguir otros intereses públicos. Estos criterios no imposibilitan, por ejemplo, que se establezca un monopolio estatal en una concreta actividad. En situaciones específicas en que colisionan principios jurídicos, si no es posible conciliarlos, habrá que resolver cual será desplazado mediante ponderación de valores. Sólo ocurre que, como la prioridad es armonizar, la exclusión es *ultima ratio* y, por tanto, requiere de razones ‘fuertes’.

Los criterios ya enunciados guardan suficiente espacio a la discusión democrática, a la vez que permiten enjuiciar si las decisiones que resulten son o no las más correctas para los fines que se pretenden. No obstante, la subsidiariedad débil podría objetarse con un argumento histórico: la Comisión Ortúzar habría adoptado el sentido fuerte del principio. A fin de demostrar la falsedad de esta proposición, se acudirá a las actas de tal instancia y, en los casos que sea necesario, se les citará *in extenso*.

En la sesión 16, los comisionados discurrían sobre las bases que inspirarían el orden constitucional en gestación. El señor Guzmán manifiesta:

“La importancia de consagrar el principio de la descentralización del Poder o de la ‘subsidiariedad’, entendiéndolo que la función del Estado es, en primera instancia, la de integrar y coordinar las diversas actividades del país, y sólo, en subsidio, y en segunda instancia, la de asumir en forma directa una tarea específica, cuando, por su importancia, no pueda ser entregada a la órbita de los cuerpos intermedios, o cuando, por lenidad de éstos, no cumplan el objetivo que la sociedad reclama de ellos”²⁷¹.

El señor Evans responde con lo siguiente:

“Su acuerdo en incorporar en el memorándum y en la Constitución, el principio de la subsidiariedad. Sin embargo, piensa que ese concepto está incorporado en la idea de la participación. Precisamente, agregó, lo que

²⁷¹ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 16, pág. 12.

*distingue una sociedad estatista de otra caracterizada por la desconcentración de poder, es el proceso de participación, porque en esta última, el Estado sólo ejerce su poder en aquellas actividades en que los particulares no participan*²⁷².

En la sesión 18, la comisión aprueba el memorando con las '*Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la Republica*'. El mismo sienta la diferencia entre un poder político y uno social. A propósito de este último, señala que es la facultad de los cuerpos intermedios "*para desenvolverse con legítima autonomía en orden a la obtención de sus fines específicos, de acuerdo al principio de subsidiariedad*"²⁷³. Este es el único instrumento oficial emanado de la Comisión Ortúzar en que tiene expresa mención el mentado principio.

En la sesión 38, los comisionados estudian el texto preliminar del actual Capítulo I de la Constitución, también llamado entonces Capítulo preliminar. El artículo 5 de aquel borrador contenía el actual artículo 1, inciso tercero, al que se le atribuye consagrar la subsidiariedad. Su texto en ese entonces era el siguiente:

*"El Estado reconoce y ampara la acción propia de los grupos intermedios de la comunidad nacional y les garantiza una adecuada autonomía"*²⁷⁴.

Al entrar al estudio del referido articulado, el presidente Ortúzar indicó: "*con mucha satisfacción, que casi la totalidad de ellos [los principios] están contemplados en las indicaciones comentadas, con la sola excepción del principio de la subsidiariedad del señor Guzmán*"²⁷⁵. El señor Ovalle replica que, "*a juicio suyo, el principio de la subsidiariedad se encuentra incluido en las proposiciones*"²⁷⁶. A lo que el señor Ortúzar sentencia: "*la referencia a dicho principio es muy relativa*"²⁷⁷. La subsidiariedad en el texto propuesto no es inteligible ni siquiera entre los mismos comisionados, como manifiesta el dialogo transcrito.

²⁷² ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 16, pág. 13.

²⁷³ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 18, pág. 27.

²⁷⁴ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 38, pág. 8.

²⁷⁵ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 38, pág. 14.

²⁷⁶ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 38, pág. 14.

²⁷⁷ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 38, pág. 14.

Otra discrepancia sobre el sentido del concepto surgió en la sesión 40. El Capítulo I había sufrido modificaciones y, en ese instante, el actual artículo 1, inciso cuarto, correspondía en el anteproyecto al artículo 1, inciso segundo, y rezaba:

*“Su misión [el Estado] es servir a la comunidad nacional y proveer el bien común; dar protección eficaz a los derechos inalienables de la persona humana y procurar su pleno desarrollo a través de su activa participación en la vida social, cultural, cívica y económica del país”*²⁷⁸.

Exponiendo sobre el mismo, señaló el presidente Ortúzar:

*“[...] Tiene un contenido filosófico y doctrinario extraordinariamente rico y de gran proyección. Inclusive aquí está la idea de la subsidiariedad del Estado a que se refirió el señor Guzmán [...]”*²⁷⁹.

En esa misma sesión, también se discutió sobre el actual artículo 1, inciso tercero, relativo a los grupos intermedios. En ese momento, este precepto ya ocupaba ese lugar en el borrador de Constitución, y disponía:

*“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios de la comunidad y les garantiza una adecuada autonomía. Encuadra sus actos dentro de la Constitución y las leyes y adhiere a los principios y normas universalmente aceptados del Derecho Internacional. Favorece a los organismos mundiales y regionales para la paz y el desarrollo”*²⁸⁰

El señor Ortúzar se refirió a este artículo 1, inciso tercero, del proyecto, sin entender que expresaba la subsidiariedad. Ningún comisionado objetó esta exposición de quién, precisamente, había redactado la disposición en estudio. De acuerdo a lo dicho, se entendía que ese rol lo cumplía el propuesto artículo 1, inciso segundo, pero cuyo texto varió sustancialmente, llegando a ser hoy el artículo 1, inciso cuarto. Tan significativo fue el cambio en su sentido, que la doctrina no lo considera como fórmula de la subsidiariedad en la Constitución. Ese cometido lo atribuye al actual artículo 1, inciso tercero, según se explicó al principio de esta exposición. No obstante, el texto de esta

²⁷⁸ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 40, pág. 7.

²⁷⁹ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 40, pág. 8.

²⁸⁰ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 40, pág. 7.

disposición en el anteproyecto se refería a varias materias, eliminadas durante la discusión, pero conservándose lo relativo a los grupos intermedios. Dado que entre los términos actuales y los del anteproyecto solo existen leves matices en esta materia, es de suponer que conserva su original sentido. Esto es relevante pues, como ya se demostró, no era intención del señor Ortúzar, autor del precepto, consagrar en él la subsidiariedad, y así lo entendieron los demás comisionados. Atribuir ese significado al proyecto de artículo 1, inciso tercero, compete al señor Guzmán, en la sesión 45, quién al referirse a la autonomía de los cuerpos intermedios, afirmó:

“Se reconoce el concepto de lo que tradicionalmente se ha llamado el principio de subsidiariedad. Sin recurrir a este término, queda también su contenido incorporado a la Constitución, como clave de una sociedad libertaria y orgánica desde el punto de vista social y no de una sociedad atomizada por el Estado”²⁸¹.

Al reproducir los desencuentros de los comisionados, resulta que cualquier enunciado constitucional ‘podría’ consagrar la subsidiariedad; siendo así, ocurre entonces que ninguna lo hace concreta y seriamente. Mientras esto ocurre con los comisionados, a quienes externamente intervienen en sus labores resulta la subsidiariedad ininteligible en ciertos casos. A modo de ejemplo, en las sesiones 27, 38 y 42 concurren sujetos externos a dar su opinión sobre el memorando de principios de la Comisión. A la primera asiste el presbítero y profesor de Derecho constitucional de la Universidad Católica de Valparaíso, Enrique Pascal. En la segunda concurre Eduardo Arriagada, presidente de la Confederación Única de Colegios Profesionales de Chile. La tercera cuenta con el catedrático argentino, doctor Sebastián Soler. Todos se refirieron al concepto de poder social, que consagraba la visión de subsidiariedad de los comisionados. En la intervención realizada por cada uno lo criticaron duramente, pero además no le dieron el significado buscado por sus redactores. Quién si logró dar una lectura más cercana al postulado del comisionado Guzmán fue Manuel Valdés Valdés, vicepresidente de la Confederación de la Producción y del Comercio, asistente a la sesión 39.

²⁸¹ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 40, pág. 7.

Cuando el proyecto comenzó a estudiarse por el Consejo de Estado, en su sesión 54, correspondió al presidente Ortúzar exponerlo. La versión taquigrafiada de tan extensa oratoria tiene 25 páginas. En ellas jamás se usó la palabra subsidiariedad y su única referencia fue excesivamente relativa al mencionar que el proyecto reconoce los *“cuerpos intermedios que existen entre el hombre y la sociedad y que no son sino una proyección de la personalidad del ser en la vida en comunidad”*²⁸².

En la sesión 56 del Consejo de Estado comenzó el estudio y votación del proyecto de carta magna, artículo por artículo. En esta se realizó una curiosa indicación al artículo 1, inciso cuarto: que el Estado ‘no debe interferir’ en la realización material y espiritual hecha por los integrantes de la comunidad. Esta idea expresa mucho mejor la subsidiariedad (fuerte), consistente en que no compete al Estado adentrarse en actividades propias de los particulares. La propuesta fue rechazada no solo por los consejeros, sino por el mismo presidente Ortúzar, asistente a la sesión. Al estudiar el acta de la sesión 56 del Consejo de Estado, resulta que el artículo 1 no se razonó como palabras que encerraban groseras filosofías de fondo, como la subsidiariedad que pregonaba Guzmán, sino más bien se toma con literalidad política, es decir, metas a las que el Estado se comprometía frente al pueblo. Llegó incluso a afirmarse por el consejero Juvenal Hernández que:

*“Se está ofreciendo demasiado [...] se trata, dice, de conceptos más propios de un manifiesto, que bien podría incluirse en una declaración de orden político, en un programa, pero no en la Constitución, pues la gente se va a hacer ilusiones de que va a recibir algo que, en la realidad, no llegará”*²⁸³.

El presidente Alessandri Rodríguez añadió que:

“El inconveniente que le halla a la redacción del anteproyecto es el de haber convertido en obligaciones del Estado una serie de cosas que no se van a

²⁸² ACTAS del Consejo de Estado. Sesión 54°, en 14 de noviembre de 1978, pág. 12. [en línea] https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980 [consulta: 15 julio 2019].

²⁸³ ACTAS del Consejo de Estado. Sesión 56°, en 28 de noviembre de 1978, pág. 6. [en línea] https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980 [consulta: 15 julio 2019].

poder cumplir; desde luego, porque, bien puede aquél carecer de recursos para satisfacerlas”²⁸⁴.

En lo que respecta a la Junta Militar, existe una forma indirecta de abordar sus ideas respecto a la actual Constitución. Antes de llevarse a plebiscito el actual texto, ciertos capítulos entraron en vigor mediante actas constitucionales. La que contenía el actual Capítulo I era el Acta Constitucional N° 2²⁸⁵. La discusión de esta se dio en la sesión 280-A de la Junta, cuya acta se encuentra disponible en la Biblioteca Digital del Museo de la Memoria²⁸⁶. El general Leigh afirma:

“Yo le pregunté ‘denantes’ sobre qué eran los grupos intermedios de la comunidad. Lo hice porque viene este inciso, que no puedo entender. Si vamos a publicar esto y va a tener validez quince días después de su promulgación, ¿quiere decir que damos absoluta libertad a los sindicatos, gremios y partidos políticos para que elijan sus directivos, alcancen sus objetivos y comiencen a trabajar? Eso es algo que no se puede entender. No lo puedo ver de otra manera, porque aquí se declara y establece, y no hay prohibición alguna posterior en las Actas 3 y 4. Le he buscado por todos lados con mis asesores y no la he encontrado. Entonces, veo yo que esto pone en marcha de inmediato a los gremios y organismos intermedios, como se les llama”²⁸⁷.

El señor Ortúzar responde que:

“Es un principio de carácter general, pero en realidad los derechos que ella otorga son el derecho de asociación, los derechos políticos, etc. Que están considerados en las garantías constitucionales. Ahora bien, estas garantías

²⁸⁴ ACTAS del Consejo de Estado. Sesión 56°, en 28 de noviembre de 1978, pág. 6. [en línea] https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980 [consulta: 15 julio 2019].

²⁸⁵ D.L. N° 1551 de 1976, Acta Constitucional N° 2, Bases Esenciales de la Institucionalidad.

²⁸⁶ <http://www.bibliotecamuseodelamemoria.cl>

²⁸⁷ ACTA N° 280-A, 3 septiembre 1976, Junta de Gobierno, pág. 10 [en línea] <http://www.bibliotecamuseodelamemoria.cl/gsd/collect/textosym/index/assoc/HASH4ab6.dir/00000132000001000022.pdf> [consulta: 15 julio 2019]

*constitucionales se hallan restringidas actualmente, por la situación de emergencia que rige el país, la que queda plenamente vigente [...]*²⁸⁸.

Luego el Jefe de la Subjefatura Legislativa de la Comisión Asesora de la Junta propuso eliminar la referencia a que el Estado ampara a los grupos intermedios. En su opinión bastaba asegurarles la debida autonomía. El señor Guzmán replica:

*“Aquí hay un principio de subsidiariedad en lo que se está consagrando, en términos simples para cualquier persona”*²⁸⁹.

No obstante, el Presidente de la Junta dirime el asunto eliminando la palabra ‘ampara’. La discusión se retoma posteriormente y se propone derechamente eliminar la referencia a los grupos intermedios. El señor Ortúzar se queja que “*es uno de los principios más sustentados por el gobierno*”²⁹⁰. Los presentes insisten en que es innecesario, pues el acta ya señala el respeto a los derechos de las personas. La norma finalmente queda como sigue:

*“El Estado reconoce a los grupos intermedios de la comunidad”*²⁹¹.

Resulta de lo expuesto que militares y sus abogados entendieron que la frase propuesta no consagraba la subsidiariedad. Solo resumía, en una declaración de principios, la libertad de asociación del individuo y sus manifestaciones concretas (como el trabajo o la industria). La mención a la subsidiariedad quedó relegada a uno de los considerandos en que los militares exponen los valores que perseguían con sus acciones.

Estimo que la referencia a los distintos actores que participaron (para bien o mal) en la fijación del texto constitucional es relevante. Habitualmente la historia fidedigna de

²⁸⁸ ACTA N° 280-A, 3 septiembre 1976, Junta de Gobierno, pág. 10 [en línea] <http://www.bibliotecamuseodelamemoria.cl/gsd/collect/textosym/index/assoc/HASH4ab6.dir/00000132000001000022.pdf> [consulta: 15 julio 2019]

²⁸⁹ ACTA N° 280-A, 3 septiembre 1976, Junta de Gobierno, pág. 13 [en línea] <http://www.bibliotecamuseodelamemoria.cl/gsd/collect/textosym/index/assoc/HASH4ab6.dir/00000132000001000022.pdf> [consulta: 15 julio 2019]

²⁹⁰ ACTA N° 280-A, 3 septiembre 1976, Junta de Gobierno, pág. 42 [en línea] <http://www.bibliotecamuseodelamemoria.cl/gsd/collect/textosym/index/assoc/HASH4ab6.dir/00000132000001000022.pdf> [consulta: 15 julio 2019].

²⁹¹ Art. 2, inc. final, D.L. N° 1.551 de 1976, Acta Constitucional N° 2, Bases Esenciales de la Institucionalidad Chilena.

este queda relegada a la Comisión Ortúzar, pero sostengo que es inadecuado agotarla allí. El artículo 1 de la Constitución y particularmente su inciso cuarto recibió distintos sentidos en las instancias que lo revisaron. La Comisión pretendió introducir una filosofía y que fuera operativa como norma. El Consejo de Estado lo consideró un manifiesto político, razón por la que estimó era programática. La Junta finalmente le dio una lectura *iusfundamental* -la que temía- y su operatividad sería el Acta Constitucional N° 3²⁹² de garantías constitucionales. La multiplicidad de sentidos dados en el proceso demuestra la imposibilidad de afirmar que la Constitución contiene una doctrina acabada de la subsidiariedad. Sólo los comisionados discurrieron sobre ella, pero no lograron traducir su debate filosófico a una norma e, incluso, ni siquiera terminaron de delinear su pensamiento propio. Razón por la que corresponde al interprete actual concluir tal incompleta filosofía, no pudiendo para ello simplemente recoger las enseñanzas de la doctrina social de la Iglesia. Si bien los comisionados la conocieron y los inspiró, quisieron darle un sentido propio que no lograron acabar, lo que se manifiesta en las discusiones que sostuvieron, ya citadas *in extenso*.

En consecuencia, se hace necesario colmar este vacío del sistema constitucional, y para ello deben considerarse dos cosas. Por un lado, que en los orígenes de la Constitución está el deseo de consagrar una inacabada filosofía política. Por otro, que el futuro está en manos del debate democrático, a quién corresponde dirimir la permanente tensión entre estabilidad y progreso. Estimo que la subsidiariedad débil se aviene mejor con ambas cosas y, por tanto, ha de ser este el sentido que deba dársele a este principio.

ii) La subsidiariedad y el dominio público.

Explicados los sentidos que se puede tomar la subsidiariedad y adoptado aquel que se llamó débil, corresponde aplicarlo al dominio público. El Estado cumple un doble rol tratándose de los bienes. Por un lado, fija el régimen jurídico de estos y, por otro, los adquiere y aprovecha para el cumplimiento de sus fines.

²⁹² D.L. N° 1.552, Acta Constitucional N° 3.

En relación al régimen, hay que distinguir entre quienes pueden ser titulares de un bien y las condiciones que este deberá reunir para obtener esa posición o gozar de la cosa de una determinada forma. El artículo 19, número 23, consagra la libertad adquisitiva de los particulares, pero de ella no se deduce la preferencia de estos sobre el Fisco. Existe por tanto indiferencia respecto a la titularidad dominical, pero no así en lo tocante a las condiciones de obtención y ejercicio de la misma.

Respecto a las condiciones de obtención, el dominio requiere, como mínimo, la fijación de las formas en que se adquirirá, para que así sea socialmente reconocible cuando una persona se ha apropiado legítimamente de una cosa. Conocer la forma en que están distribuidos los bienes en una comunidad, se requiere para dar seguridad al aprovechamiento de ellos. Por tanto, el Estado deberá abstenerse *prima facie* de imponer más requisitos a los modos de adquirir, que los necesarios para identificar el título legítimo de tal adquisición. Entiéndase por legítima a la adquisición originaria o que deriva sucesivamente de aquella. De esta manera, los bienes quedan entregados a la libertad adquisitiva, siendo indiferente que los privados o el Fisco participe de ella. El modo que cumple con excelencia el rol en comento es la prescripción, en que por seguridad jurídica se hace legítimo aquello que no lo era inicialmente. Sin embargo, el Derecho no es indiferente a fines públicos distintos a la legitimidad de la adquisición. De manera que los requisitos adicionales que el Estado añada a los modos deberán encontrar en estos fines su justificación. Este razonamiento a propósitos de los modos, es también aplicable a los presupuestos subjetivos que puedan exigirse. Los presupuestos subjetivos no integran el modo, sino que operan previo a él, habilitando al sujeto para recurrir al modo y apropiarse de la cosa. En principio son innecesarios, pues siendo indiferente el titular del dominio (privados o públicos), los modos deben operar cualquiera sea el sujeto. No obstante, al perseguirse más que la legitimidad adquisitiva, puede ser válido acudir a ellos. Un ejemplo, tanto de requisito adicional al modo como de imposición de un presupuesto subjetivo, son los artículos 12 y 13 de la Ley de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena²⁹³. Las tierras indígenas, por exigirlo el interés nacional, quedan sujetas a la prohibición de enajenarse, salvo en dos

²⁹³ Ley N° 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo Indígena

situaciones. Primero, a título de permuta, recibiendo a cambio un inmueble no indígena de similar valor comercial y contando con autorización de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). En este caso, lo alterado es un requisito de la tradición (modo de adquirir), pues sólo puede ser su antecedente (título) el contrato que describe. Segundo, la tierra indígena puede también enajenarse a cualquier título, entre personas de una misma étnica. Aquí no se ha modificado la tradición, sino que se ha impuesto un presupuesto subjetivo a las partes, a fin que puedan acudir a ese modo de adquirir. A raíz de la explicación hecha, se puede afirmar que la libertad de adquisición puede transitar a una adquisición regulada.

En relación a las condiciones de ejercicio, el Estado deberá *prima facie* abstenerse de imponer o restringir las formas de aprovechar la propiedad. Esto se debe a que el dominio es la facultad de decidir autónomamente como se disfrutará una cosa. Sin embargo, de la misma manera que ocurría con la libertad adquisitiva, esta autonomía puede ser regulada por la persecución estatal de otros fines. Aquí también, en consecuencia, puede transitarse desde la libertad a la regulación. Por ejemplo, un propietario puede libremente habitar la casa de su dominio, pero para ampliarla o demolerla, de acuerdo al artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones²⁹⁴, requerirá permiso municipal.

El constituyente diferenció los motivos que el Estado puede invocar para regular (limitaciones, restricciones) la libertad adquisitiva y el dominio. Respecto a lo primero, estableció únicamente el interés nacional. En lo tocante a lo segundo, en cambio, permitió acudir a más causales, los que agrupa en el concepto de función social de la propiedad. De acuerdo al artículo 19, número 24, comprende ello “*cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental*”. La comprensión de estos conceptos como discrecionales fue explicada previamente, por lo que no se volverá sobre ello.

Esta exposición ha puesto de relieve que se debe propender primeramente a la libre adquisición y disfrute de los bienes. De entrar ella en conflicto con otros fines del Estado, podrá este imponer una regulación, sacrificando la libertad, pero guardando

²⁹⁴ D.F.L. N° 458 de 1976 de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones

siempre la igualdad entre privados y públicos. Esto quiere decir que, por ejemplo, cuando se impide enajenar las tierras indígenas, vale esto tanto para todos los ciudadanos como el Fisco. Sin embargo, la subsidiariedad débil permite excepcionalmente imponer regímenes desiguales a los particulares y públicos. Esto obliga a referirse ya no a la igualdad de uno y otro como titular potencial del dominio, sino a su desigualdad en el disfrute que de las cosas hacen. El Estado no puede disfrutar de las cosas que posee a su antojo, sino siempre en razón de los fines públicos que le es obligatorio perseguir. Se puede afirmar, por tanto, que no solo el Estado, sino sus bienes, están al servicio de la persona, principio que guía su actuar. El particular, en cambio, es autónomo en decidir el disfrute que hará de su propiedad y no tiene por qué servir con ella a otros. Así, podrá libremente destinarla al lucro, como cuando la arrienda; darle un uso altruista, como cuando la presta a un amigo; o derechamente destruirla por capricho. Si bien el principio que rige el actuar de uno y otro es distinto, la subsidiariedad les permite a ambos gozar de la titularidad dominical, pero *prima facie* en igualdad de régimen. Esta última podrá romperse, mediante cargas, privilegios, reservas o privaciones, siempre que exista una justificación. Las cargas de la libertad adquisitiva y el derecho de propiedad, como formas de limitación de estas, se regirán por las causales previstas en la Constitución, a las que ya se hizo referencia. Los privilegios, en cambio, estimo que al ser lo opuesto a una restricción o limitación, podrán fundarse en cualquier razón pública relevante. Las reservas de adquisición al Estado, que son la forma en que se priva de la libertad adquisitiva, deben asimilarse a las cargas impuestas a esta libertad y, por tanto, exigirse interés nacional en su dictación, de acuerdo a lo ya expuesto. Finalmente, las privaciones del derecho de propiedad, de la cosa objeto del mismo, o de los atributos o facultades esenciales del dominio, sea total o parcial, se fundan solo en utilidad pública o interés nacional. Naturalmente, las razones exigidas para reservar la adquisición o privar de la propiedad deberán ser más fuertes que para someter una u otra a cargas o privilegios. Una vez que, a partir de las causales descritas, se admite la necesidad de someter a privados y públicos a reglas desiguales, debe controlarse la alternativa de régimen que se tome entre las múltiples existentes. Estas son, en primer lugar, entregar la adquisición y disfrute del bien (tráfico) al Derecho privado, por igual a particulares y

públicos. En segundo lugar, sujetar una o más formas determinadas de tráfico privado a reglas especiales. En tercer lugar, crear un patrimonio de afectación, el que continuará gobernado por el Derecho privado, pero sujeto a reglas especiales en una o más formas determinadas de tráfico. En cuarto lugar, privar del dominio de un determinado bien a un particular, para entregarlo al Estado en alguna de las otras formas en estudio (expropiar). En quinto lugar, reservar la adquisición y disfrute del bien al Estado, sustituyendo el Derecho civil por un régimen exorbitante de dominio público. Esta forma tiene la peculiaridad además que puede o no ir acompañada de la privación de los bienes ya apropiados que se corresponden con los reservados (nacionalización). Corresponde precisar que, si bien las formas descritas han sido expuestas en orden a su intensidad de afectación a la libertad e igualdad, no están preordinadas por la Constitución. Esto quiere decir que no existe una jerarquía entre ellas que obligue al Legislador a acudir a una solo cuando se haya descartado la anterior. La decisión legislativa, por regla general, no se justifican más que formalmente, por ser resultado de la mayoría. La excepción son aquellos contenidos constitucionalmente intervenidos, en que se requiere una especial justificación y son, por tanto, decisiones controlables.

El régimen en que se disfrutarán las cosas es una materia constitucionalmente intervenida. En consecuencia, para juzgar entre todas las opciones descritas, debe tenerse en cuenta dos cosas. Por un lado, las causales exigidas para la validez de la ruptura de la igualdad de régimen, también se aplican a la evaluación del sistema que sustituirá a tal igualdad de trato. No existiendo una jerarquía entre las distintas alternativas, el Legislador podrá acudir a la que se avenga mejor con el motivo aducido (por ejemplo, interés nacional). Por otro, las técnicas comunes de control son igualmente procedentes. Aplicando estas a la adscripción al dominio público, resulta lo siguiente. Será legítima cuando, en primer lugar, sea racional, es decir, que haya una lógica relación entre el fin que persigue la reserva y el régimen demanial al que se someterá. En segundo lugar, debe ser adecuado, entendiéndose que ello se cumple cuando el fin perseguido se obtiene mediante el régimen demanial. En tercer lugar, ha de ser necesario, lo que implica que el fin buscado no pueda perseguirse mediante alternativas menos gravosas para la libertad e igualdad. Finalmente, deberá ser

proporcional, en el sentido que el sacrificio exigido a estos valores debe guardar relación con el beneficio que reportará la reserva a la Nación.

En síntesis, el Legislador tiene suficiente margen para decidir cuál es el mejor régimen para disfrutar la riqueza existente en el país, sin que se le impongan soluciones en la materia, aunque sí deberá justificar constitucionalmente las que tome. Esto delimita también el rol del Tribunal Constitucional en esta materia, como censor de las decisiones parlamentarias.

b. El régimen minero.

El rol de la Constitución respecto del demanio no se agota con la configuración de potestades legislativas en la materia. La norma fundamental contiene, además, la propiedad estatal de:

“Las minas, comprendiéndose en estas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles” (art. 19, número 24, inc. sexto y siguientes).

El constituyente dispone que tal dominio es:

“Absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible”.

La naturaleza de esta especie de propiedad se tratará al estudiar el Código Civil, en particular su art. 591. Ello se debe a que lo relevante en este parte de la exposición es que el constituyente crea dos sistemas jurídicos para el aprovechamiento de la riqueza mineral. En el primero, el rol del Estado es pasivo. La explotación de los yacimientos, por quien sea, requerirá de una concesión, cuya constitución y extinción es judicial, y que goza de las garantías de la propiedad. La Constitución otorga salvaguarda formal (reserva de ley), material (expropiación), jurisdiccional (acción de protección) y residual (contenido esencial) al concesionario minero. En el segundo sistema de disfrute de los yacimientos, el rol estatal es activo. La Constitución señala textualmente, en su art. 19, número 24, que la explotación se realizará:

“Directamente por el Estado o por medio de sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación”.

La elección de las sustancias que se aprovecharan en uno u otro régimen compete al Legislador, teniendo sin embargo dos limitaciones. Por un lado, la competencia normativa (ley orgánica constitucional). El constituyente, por la relevancia de la minería para la economía, exige elevadísimo consenso en la elección del régimen y que, hecho esto, goce de estabilidad. Por otro, la exclusión de tal decisión respecto de ciertas sustancias, cuyo régimen ya fue establecido por el constituyente. Se trata de los hidrocarburos líquidos y gaseosos, así como a los yacimientos situados en las aguas marítimas o en zonas de seguridad nacional, las que deberán explotarse por el segundo régimen ya descrito. Sin embargo, las limitaciones descritas son formales, por lo que corresponde interrogarse si existen otras de naturaleza material, lo que significa dilucidar si el constituyente dio o no al Legislador criterios que lo guíen al escoger uno u otro régimen. Una opción es que el constituyente, al encomendar a la ley determinar las sustancias sujetas al primer sistema, entiende que el segundo es la regla general. Otra alternativa es tratar de responder esta interrogante con el principio de subsidiariedad, cuyos posibles sentidos ya se estudiaron. Aplicado el sentido fuerte, resulta que el Legislador no sería libre para elegir entre los dos sistemas de explotación. El primer sistema (concesión judicial) sería la alternativa preordenada por el constituyente. Al segundo régimen podría acudir solo cuando las alternativas regulatorias de la primera fueren agotadas. En el acápite anterior se criticó ampliamente esta lectura de la subsidiariedad y se propuso, como alternativa, un sentido débil, por lo que corresponde aquí aplicar esta doctrina a la cuestión planteada. Es efectivo que el Estado tiene *“el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas”* (art. 19, número 24). El dueño es quién tiene el poder de decidir arbitrariamente como aprovechar el bien sobre el que recae su derecho. La función social que debe cumplir es sencillamente un límite externo, pues la propiedad internamente no tiene fines: es el propietario quién libremente se los impone. Sin embargo, el Derecho constitucional y administrativo es una técnica de control del poder y aseguramiento de derechos, siendo la propiedad pública un ejemplo de esto. La indeterminación de fines de la propiedad privada se sustituye en ella por el interés público que justifica su existencia, razón por la que el Estado no puede decidir como cualquier particular (‘arbitrariamente’) el fin que impondrá (‘forma de

explotación') a su propiedad minera. En esto interviene la subsidiariedad, que recorre el texto constitucional como estructura de razonamiento para decisiones constitucionalmente legítimas, pero sin olvidar el necesario espacio que debe tener la democracia. En el sentido débil planteado, la subsidiariedad no excluye la concurrencia pública y privada en una actividad, lo que se observa ya en los dos regímenes mineros. En el primero, tanto entes públicos como privados pueden explorar o explotar substancias constituyendo judicialmente la concesión. En la segunda, el Estado obrará por sí o por intermedio de sus empresas, mientras que los particulares a través de concesiones administrativas o contratos especiales de operación. Además, la subsidiariedad débil exige igualdad al reglar a los actores de una misma actividad. El primer sistema se ajusta a este requisito, pues el régimen de la concesión judicial (duración, derechos y obligaciones) es uno solo, tanto para particulares como entes públicos. La concesión "*obliga a su dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento*", lo que se conoce como régimen de amparo de la pertenencia minera. La infracción a ella conlleva la caducidad de la concesión, que -al igual que su origen- también es judicial. El segundo sistema se aleja de la exigencia de igualdad. Unas normas rigen al Estado, quien puede explotar las minas en forma directa o por sus empresas, y otras son las que afectan a particulares, quienes requieren de la concesión administrativa o el contrato especial de operación. A estas últimas se les puede terminar por decreto supremo, sin expresar causa y con debida indemnización. Esta asimetría del segundo sistema se debe a que la libertad restringida de concurrir a la actividad, propia del primer sistema, se sustituye por la dirección estatal de la misma. El constituyente, en el segundo régimen en estudio, confía a la Administración la explotación mineral, quién dirimirá dos cuestiones. Por un lado, si la actividad será monopólica (concurrirá sólo el Estado) o competitiva y en qué grado (concesiones administrativas a los privados). Por otro, si el Estado explotará sus yacimientos por sí solo (directamente o a través de sus empresas) o asociado con particulares y en qué forma (contratos especiales de operación). Esto comprueba que el segundo sistema es mucho más flexible que el primer régimen respecto a las técnicas jurídicas que puede asumir la explotación minera. En este punto conviene volver sobre la historia para comprender porque el

constituyente dio tanta precisión a los sistemas y además porque los hizo tan disímiles. El actual artículo 19, número 24, era en el anteproyecto elaborado por la Comisión Ortúzar el artículo 20, número 23. En sus incisos séptimo a onceavo regulaba la propiedad minera. Aquí interesa citar concretamente los siguientes pasajes del mentado artículo 19, número 23, del anteproyecto de Constitución:

“El Estado tiene el dominio eminente de todas las minas [inciso séptimo] ... El derecho de exploración y la propiedad minera se constituirán por resolución judicial, a menos que la ley, por razones de seguridad nacional, establezca otro procedimiento [inc. octavo]. La ley podrá reservar al Estado, cuando el interés nacional lo exija por ser de importancia preeminente para el desarrollo económico del país, el derecho exclusivo de explorar y explotar las sustancias minerales que señale [inciso noveno]”²⁹⁵.

Esta disposición constitucional sufrió cierto debate en el Consejo de Estado, pero sin afectar su redacción. El texto es meridianamente claro: la riqueza minera se explota *prima facie* por el primer régimen, mientras que el segundo es excepcional. Este precepto fue alterado por la Junta Militar, dándosele el actual texto, no conociéndose los motivos tenidos en mente para ello. Tampoco es posible recurrir a los debates del Acta Constitucional N° 3²⁹⁶, pues en ella simplemente se encomendaba la propiedad minera a un estatuto especial que dictaría el Legislador. La conclusión que puede obtenerse de los antecedentes reseñados es que el constituyente quiso entregar esa discusión al Congreso Nacional.

Este argumento histórico debe ser complementado con el sentido débil de la subsidiariedad. Se recordará que la primera cuestión abordada por ella es que el Estado regule una actividad sólo por necesidad. En lo que respecta a la minería, esto fue zanjado por el constituyente, quién ideó para ello dos regímenes. La segunda cuestión es que el interés estatal en desarrollar una actividad debe conciliarse con la igualdad regulatoria entre estos y los particulares. Si dicha armonía no es posible, se ponderarán los intereses para saber cuál sacrificar y hasta cuánto. El constituyente

²⁹⁵ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 416. Anexo, pág. 19.

²⁹⁶ D.L. N° 1.552 de 1976, Acta Constitucional N° 3.

encargó al Legislador sopesar esos intereses en lo relativo a la riqueza mineral del país. De lo que se trata es que la decisión que adopte sea la que mejor sirva al interés nacional, lo que sobrepasa al rígido axioma de intervenir únicamente dónde los particulares sean ineficientes. Por tanto, la decisión legislativa en la materia no está preordenada, en el sentido que exista un régimen que prevalezca sobre el otro. Nótese que, si fuese así, el legislador sólo tendría que justificar su decisión cuando se aleja del régimen prevalente; mientras escoja este queda exento de reproche pues rige por defecto. En cambio, la subsidiariedad débil impone explicarse cualquiera sea el régimen que se elija. En una democracia, hay que partir de la base que el Parlamento *prima facie* no está llamado a justificar sus decisiones, las que se legitiman formalmente por ser expresión de la mayoría. El límite son los contenidos constitucionalmente intervenidos, que exigen -como legitimación adicional- justificar válidamente la decisión. Ejemplo de ello es el control al imponer limitaciones u obligaciones a la propiedad de los particulares. El raciocinio legislativo será válido si las mismas sirven a la función social que el constituyente impone al dominio. En materia minera, esa convicción no supone más que se decida racional, adecuada, necesaria y proporcionalmente sobre la explotación que más convenga al interés nacional.

c. La Constitución y otras dependencias demaniales.

En el texto constitucional no existen más *publicatio* expresas que las minas e hidrocarburos líquidos y gaseosos, pero sí se contienen dos indirectas referencias a otras dependencias demaniales. Una respecto a las aguas y otra a los bienes intelectuales, cuyo tratamiento pasa a efectuarse.

c.1. Las aguas.

El artículo 19, número 24, inciso final, dispone que:

“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

El constituyente no se pronuncia derechamente sobre si las aguas son públicas o privadas. El problema *prima facie* podría resolverlo el artículo 19, número 23, con lo que podría afirmarse que ello no está zanjado, correspondiendo al Legislador hacerlo. Sin embargo, el citado artículo 19, número 24, inciso final, no garantiza la propiedad sobre las aguas, sino sobre el derecho que a ellas se tenga. Esto quiere decir que el constituyente, sin explicitarlo, discurre sobre aguas pertenecientes a la Nación. A partir de esta observación, Zúñiga Urbina concluye:

“El dominio público hídrico en la Constitución es un sistema de recepción implícita”²⁹⁷.

Una alternativa para interpretar esta tácita recepción es que no compete al Legislador decidir si existen aguas públicas o privadas, pues ya lo habría hecho implícitamente el constituyente. Sólo le cabría a la ley reglar los usos particulares, guardando la garantía de propiedad en tal configuración. Sin embargo, esta interpretación no se aviene con las actas de la Comisión Ortúzar. En esta, existió una Subcomisión del Derecho de Propiedad, que propuso a los comisionados el siguiente texto a incorporar al anteproyecto de Constitución:

“Todas las aguas son bienes nacionales de uso público; pero, en conformidad a la ley, podrán constituirse derechos de aprovechamiento sobre ellas para fines específicos, y el titular tendrá la propiedad del respectivo derecho”²⁹⁸.

Los motivos que tuvieron los comisionados para eliminar la expresa *publicatio* hídrica ilustran la recta interpretación de la Constitución. El presidente Ortúzar señaló:

“Estar de acuerdo en cuanto a que no sería conveniente afirmar que todas las aguas son bienes nacionales de uso público. Lamentablemente, hoy

²⁹⁷ ZUÑIGA Urbina, Francisco. 2005. *Constitución y Dominio Público (Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres)*. *Ius et Praxis*, 11(2). Talca, Universidad de Talca, pág. 89.

²⁹⁸ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 183, pág. 3.

*parece que es así, desde el punto de vista del derecho positivo; pero sería inadecuado que la futura legislación, constitucional o legal, estableciera que todas las aguas son bienes nacionales de uso público*²⁹⁹.

El comisionado Eyzaguirre, presidente de la referida Subcomisión del Derecho de Propiedad, enseguida agregó:

*“Las aguas, hoy día, son bienes nacionales de uso público, por declaración expresa del Código Civil [...] Por lo tanto, no decir nada ahora significa mantener la disposición legal, con una diferencia, —y en ello tiene razón don Enrique Evans— que en el futuro una ley puede decir otra cosa; como, por ejemplo, se podría restablecer la disposición de que las aguas que nacen y mueren dentro de una misma heredad son privadas, u otras disposiciones respecto de las aguas fluviales. De manera que el régimen de aguas, en cuanto a considerarlas como bienes nacionales de uso público, no quedaría ya en un marco constitucional muy estricto y difícil de modificar*³⁰⁰.

Resulta que el artículo 19, número 24, inciso final, no se refiere al dominio de las aguas. Esta materia corresponde dirimirla al Legislador, con la potestad que el constituyente le entregó en el artículo 19, número 23. Sólo una vez que se reserven aguas a la Nación, surte aplicación el primero de los preceptos citados, y los usos que el Legislador otorgue a los particulares sobre aguas públicas gozarán de las garantías de la propiedad. Hoy existen tres proyectos en el Congreso Nacional que buscan constitucionalizar la *publicatio* del agua (boletines 6816-07, 7589-07 y 9525-07).

c.2. Los bienes intelectuales.

En segundo lugar, el artículo 19, número 10, inciso sexto, dispone:

“Corresponde al Estado, asimismo, [...] la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación”.

²⁹⁹ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 183, pág. 11-12.

³⁰⁰ ACTAS Oficiales. *Óp. cit.*, sesión 183, pág. 12.

Zapata Hassi ha definido el patrimonio cultural como:

“Ciertos bienes especiales, que no atienden solo a la representatividad que el mismo tiene respecto de una determinada actividad humana, en una época y lugar en particular, sino que atendemos además a la importancia que la sociedad le ha otorgado a ese bien en tanto bien cultural”³⁰¹.

El mismo autor distingue un patrimonio material e inmaterial, de acuerdo al soporte que contenga tal expresión cultural. Mas ni el concepto, como tampoco su clasificación, disponen en manos de quién deben estar tales bienes. Esto se debe a que el precepto no contiene una *publicatio* de bienes culturales, sino un cometido para el Estado, consistente en la protección e incremento de los mismos, sea que se encuentren en manos privadas, constituyan bienes fiscales o parte del demanio. La actividad estatal es tan relevante sobre una icónica pintura en dominio particular, como respecto a emblemáticos y antiguo adoquines de un paseo peatonal (bien demanial). No obstante, el artículo 19, número 10, inciso sexto, debe conjugarse con lo dispuesto en el artículo 19, número 25, relativo a la propiedad intelectual e industrial. Son bienes culturales, de tipo inmaterial, a los que la Constitución otorga al creador (autor o inventor) un derecho sobre los mismos, con las garantías de propiedad. La situación de la propiedad intelectual e industrial se vincula a la de los bienes culturales en tres formas, las que pasan a exponerse.

En primer lugar, no todo bien cultural es objeto del régimen especial de la propiedad intelectual e industrial. La Constitución reserva esta última sólo las creaciones artísticas y las invenciones, marcas, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas. Esta coincidencia parcial entre los bienes culturales y la propiedad intelectual e industrial explica la existencia de exclusiones de protección en estos últimos. Por ejemplo, las simples ideas pueden nutrir el patrimonio cultural, mas no ser objeto del derecho de autor.

³⁰¹ ZAPATA Hassi, Juan Francisco. 2016. *Hacia una protección amplia del patrimonio cultural en el ordenamiento jurídico chileno*. Concepción, Universidad de Concepción, pág. 30.

En segundo lugar, existe una relación entre la propiedad intelectual e industrial y el cometido estatal de conservar el patrimonio ambiental. Este último ha sido definido por el artículo 2, letra b), de la Ley sobre Bases del Medio Ambiente³⁰² como:

“El uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”.

Estos componentes medioambientales los denominaré bienes ambientales, pues son la cosa (porción de la realidad) objeto del cometido estatal de preservación. Aquello que sirve para delimitar esta cosa es el concepto de medio ambiente, que el artículo 2, letra m, de la Ley sobre Bases del Medio Ambiente³⁰³ define como:

*“El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, **socioculturales** y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones” (énfasis añadido).*

La expresión ‘socioculturales’ en este precepto legal determina que los bienes culturales son parte de los bienes ambientales. Esto conlleva que la propiedad, como la intelectual o industrial que corresponden al autor e inventor, puede ser limitada por la preservación ambiental, incluida en ella la cultura, lo que es una forma de expresión de la función social que la propiedad debe cumplir (artículo 19, número 24).

En tercer lugar y final, la propiedad intelectual e industrial son esencialmente temporales, pero el constituyente omite señalar que destino tendrán los bienes objeto de ellas al expirar los derechos del autor o inventor. El artículo 19, número 23, no entrega solución a esta cuestión. Por un lado, no cabe calificarlas constitucionalmente como cosas comunes. El artículo 19, número 23, exige que estas hayan sido hechas por la naturaleza y el objeto de la propiedad intelectual e industrial son creaciones e invenciones humanas. Por otro, la competencia para reservar bienes al Estado, por si

³⁰² Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

³⁰³ Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

sola, no entrega pauta alguna al Legislador sobre el destino de las creaciones e invenciones. La respuesta tampoco se encuentra expresamente en utilizar el artículo 5 para incorporar a la Constitución los tratados internacionales. El Convenio de París de 1883 y el Convenio de Berna de 1886, por ejemplo, no señalan determinadamente el destino de estos objetos al expirar la protección del autor o inventor. Así mismo ocurre con el Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derechos de Autor, concluido en 1996 y que entró en vigencia en Chile el año 2003³⁰⁴. Sencillamente sus normativas discurren suponiendo como obviedad su incorporación al dominio público de cada Estado una vez cesada la protección del creador. En las sesiones 201, 202 y 412 de la Comisión Ortúzar no suscitó cuestión alguna el destino de las creaciones una vez expirada la propiedad intelectual e industrial. De ello es posible concluir que, tal como los instrumentos internacionales, se consideró evidente su incorporación al dominio público, pero apelar a la obviedad no es un argumento válido. Es necesario, por tanto, encontrar fundamento constitucional a lo considerado evidente. Primero, la *publicatio* de bienes intelectuales, al expirar su protección, es un imperativo del cometido estatal de proteger e incrementar la cultura. La creación de un bien intelectual o industrial incrementa el patrimonio cultural (el que reúne a los bienes de esta naturaleza en manos de privados, el Fisco o la Nación). Sin embargo, expirada la protección del creador, se amplía el dominio público y consecuentemente se mejora tal patrimonio cultural. El bien intelectual o industrial, inicialmente exclusivo del autor, queda ahora afecto al uso común de los habitantes. Es importante dejar en claro que la expiración de los derechos del creador no entrega la obra o invento a la humanidad entera. Esto lo explica acertadamente Cristián Schmidt en la siguiente forma:

“Si bien el dominio público puede considerarse un concepto universal que beneficia a todos los hombres sin considerar nacionalidades, hay que precisar que la efectiva delimitación del campo de la propiedad intelectual queda entregada a las legislaciones nacionales. Es de esta forma como

³⁰⁴ El Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derechos de Autor fue promulgado en Chile por el D.S. N° 270 de 2002 de Relaciones Exteriores y publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de marzo del año 2003.

queda definido para cada país un espacio residual más o menos amplio, que corresponde al dominio público del respectivo país y que es aprovechable por nacionales y extranjeros por igual [en ese país]”³⁰⁵.

Lo dicho por el autor puede ejemplificarse mediante tratados internacionales y legislación nacional y comparada. La Convención de Berna de 1883, por ejemplo, fijó el plazo mínimo para amparar las creaciones del intelecto en 50 años desde el 01 de enero posterior a la muerte del autor. El artículo 7 de la Ley N° 17.616 de Uruguay³⁰⁶ fija el plazo de protección en este mínimo. En Chile, en cambio, el artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual³⁰⁷ lo establece en 70 años desde la muerte del autor. En México³⁰⁸, la Ley Federal del Derecho de Autor (DOF 01-06-2018) fijaba el plazo en 75 años desde la muerte del autor. No obstante, la Ley de Reforma al Derecho de Autor (DOF 23-07-2003) amplió este a 100 años. Estas diferencias muestran como cada Estado va formando su propio dominio público intelectual. La relación que existe entre este y el patrimonio cultural de la Humanidad, es la misma que hay con el de la Nación. El patrimonio cultural, sea estatal o supranacional, es siempre neutro respecto a la cuestión de dominio del bien cultural. La creación de los mismos incrementa tales patrimonios, pero la cesación de los derechos exclusivos sobre ellos los enriquece más al entregarlos al uso común. Mientras el patrimonio nacional aumenta por la cesación de la protección dentro de su territorio, el de la Humanidad requiere la expiración en todos los países. La formación de este último es por ello más lenta.

Las conclusiones obtenidas sobre el destino de las creaciones al expirar los derechos del autor o inventor pueden ser abonadas adicionalmente de dos formas, las que pasan a revisarse.

En primer lugar, por la libertad de las artes (artículo 19, número 25), de informar (artículo 19, número 12) y de desarrollar cualquier actividad económica (art. 19, número 21). La regla general será que el individuo se encuentre en una posición libre

³⁰⁵ SCHMITZ Vaccaro, Christian. 2009. *Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses*. Revista Chilena de Derecho, 36 (2). Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, pág. 347.

³⁰⁶ Las normas jurídicas de Uruguay que han sido citadas pueden verse en www.parlamento.gub.uy/

³⁰⁷ Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

³⁰⁸ Las normas jurídicas de México que han sido citadas pueden verse en www.dof.gob.mx/

respecto al arte, la ciencia, la producción o el trabajo, etc., siendo excepcional la exclusividad del autor o inventor. De manera que, expirada esta exclusividad, la situación del bien debe ser recuperar su condición libre.

En segundo lugar, la incorporación de las creaciones artísticas al demanio es una consecuencia lógica. El constituyente solo previó expresamente el aprovechamiento de las creaciones por la propiedad (privada). Si esta se extingue por el transcurso del tiempo, no puede dársele más destino que uno público, por ser el natural contrapunto. La alternativa de un no-dominio (cosas comunes) ya fue excluida en anteriores racionios.

En síntesis, la Constitución no se refiere derechamente al dominio público intelectual. Sin embargo, su existencia es recogida tácitamente y el cometido del Estado a su respecto es protegerlo e incrementarlo como parte del patrimonio cultural de la Nación.

d. Sobre si la Constitución tiene una noción propia de dominio público.

Analizados latamente los preceptos que se refieren al dominio público, corresponde determinar si la Constitución tiene una noción propia de él. Para este efecto, se hará primero una breve revisión de los elementos que componen el demanio y si estos tienen o no un peculiar tratamiento en nuestra ley fundamental.

El dominio público se compone de cuatro elementos, los que ya fueron acabadamente estudiados. En primer lugar, uno objetivo, consistente en la cosa que será objeto del régimen. La Constitución no entrega restricciones en esta materia, por lo que cualquier cosa apta podrá ser objeto del demanio. Entiéndase que la aptitud requerida es ser permanente e irremplazable, pues de lo contrario no tendría utilidad la pertenencia al demanio. Por ejemplo, piénsese en las manzanas producidas por un fundo. No tendría sentido que el Estado reclame para sí la propiedad inalienable de ella, pues el fin de las manzanas es ser consumidas y quién lo hace, se las apropia. En segundo lugar, el dominio público tiene un elemento subjetivo, que corresponde al titular del beneficio que reporta el bien y a quién tendrá su gestión. La Constitución expresamente dirime que el bien público pertenece a la Nación, es decir, a ella debe aprovechar la cosa. No determina quién será titular de la función de gestionar ese dominio, pero se puede

deducir tácitamente que es el Estado. Este se encuentra al servicio de la persona humana, y el dominio público es una técnica mediante la cual una porción de la riqueza del país se pone al servicio de la comunidad. El tercer elemento del demanio es el teleológico, tradicionalmente entendido como destinación al uso directo e inmediato de los habitantes. Esta comprensión fue combatida y, en su reemplazo, se propuso entender que consiste en destinar la cosa a un fin público, cuya persecución requiere sustituir el tráfico privado por un régimen exorbitante de derecho público. Así, los fines quedan abiertos, siendo lo relevante la adecuación, racionalidad, necesidad y proporcionalidad de la sustitución de un régimen por otro. En esta materia, la Constitución únicamente señala que la decisión de reservar bienes al Estado deberá motivarse en el interés nacional. Al guardar silencio en lo demás, sucede que el texto constitucional no impone que los bienes públicos se destinen necesariamente al uso directo e inmediato de los habitantes. Se demostró incluso que la Comisión Ortúzar tuvo en mente dar amplio margen al Legislador para configurar el régimen que gobernará la reserva estatal. Ello permite concluir que la apertura de fines propuesta para el elemento teleológico es compatible con la Constitución, siempre que tal fin sea en interés nacional. Además, la subsidiariedad débil -sentido propuesto para la incompleta filosofía que se pretendió imprimir al texto fundamental- permite concluir que el Legislador no está preordinado en la forma que dará al régimen de los bienes. El margen de libertad que el constituyente le otorgó será sólo juzgado mediante los mecanismos comunes de control (adecuación, necesidad, racionalidad y proporcionalidad). En cuarto lugar y final, el dominio público prevé un elemento normativo, que en la Constitución consiste en que este régimen sea adoptado por ley de quorum calificado, exigiéndose así un consenso democrático en la materia.

A partir de las conclusiones expuestas, puede afirmarse que la Constitución tiene una noción de dominio público, la que puede expresarse de la siguiente forma:

Reserva de bienes aptos (elemento objetivo) a la Nación y cuya gestión compete al Estado (elemento subjetivo), para destinarlos a fines de interés nacional en que sea adecuado, racional, necesario y proporcional sustituir el régimen privado por uno exorbitante de derecho público (elemento teleológico), adoptada por ley de quorum calificado (elemento normativo).

2. Código civil de 1855³⁰⁹.

El régimen general del dominio público en Chile se encuentra en dos cuerpos legales. Por un lado, el Título II del Libro II del Código Civil, titulado '*De los Bienes Nacionales*' (arts. 589 al 605). Por otro, el Decreto-Ley N° 1.939 de 1977 sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado. En los siguientes párrafos se abordará el primero, mientras que el segundo será materia del numeral siguiente.

a. Art. 585.

Los artículos 582, 583, 584, 585 y 589 son cruciales para reconstruir, sucintamente, el plan de Bello sobre las cosas o bienes. Con tal esquema podrá ubicarse con claridad a las cosas públicas y, también, obtener luces sobre su carácter y régimen en el pensamiento de este jurista.

La distinción basal consiste en las cosas no apropiables y las apropiables. Las primeras son las *res communis omnis* tratados en el artículo 585, mientras que las segundas, en cambio, se pueden catalogar siguiendo dos criterios. Por un lado, quién ostenta la titularidad del bien. Aun cuando el Código no lo señale expresamente, pueden pertenecer a privados o a la Nación, conclusión que se obtiene a partir del artículo 589. En esta última disposición legal son, también, clasificados los bienes nacionales en públicos y fiscales. Los primeros se destinan a todos los habitantes y los segundos, en cambio, son usados privadamente por el Estado. Por otro lado, las cosas apropiables también pueden catalogarse según la clase de dominio que sobre ellas se ejerce. En consecuencia, existe una especie de dominio sobre las cosas corporales (artículo 582), sobre las incorporeales (artículos 583) y sobre los objetos del intelecto (artículo 584).

El dominio público es, en el esquema propuesto, un objeto apropiado sobre el que se ejerce una especie de dominio. Tal posición jurídica viene calificada por el titular (la

³⁰⁹ Las citas de artículos en este número 2 que no hagan referencia a una norma jurídica en particular, se entienden realizadas al Código Civil.

Nación) y su finalidad (destinados al uso de todos los habitantes). No obstante, cabe tener presente que Bello “concebía a los bienes nacionales como una propiedad nacional, o sea, como un dominio con las mismas características que el dominio privado”³¹⁰. Corresponde, a continuación, estudiar el origen del citado artículo 585, sobre las cosas comunes, y enseguida del artículo 589, sobre los bienes nacionales.

El artículo 585 señala:

“Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas”.

Semejante regla se originó en el Derecho romano, dónde las ‘*res communis omnis*’ eran tenidas por inapropiables. “*Marciano -explica Guzmán Brito- habla de ‘cosas comunes a todos’ (‘res communes ómnium’) y agrega que ello es por derecho natural: tales son: el aire, el agua corriente (‘aqua profluens’) y el mar con sus costas*”³¹¹. Tal doctrina pasó a las Siete Partidas de San Alfonso X, concretamente a las leyes 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del Título XXVIII de la Partida Tercera. Cabe destacar que, inicialmente, era una categoría amplísima, que incluía por ejemplo el mar adyacente, ríos y lagos, con sus respectivas riveras o playas. Esos bienes corresponden, en la actualidad, al dominio público (artículo 593 y 594). Sin embargo, el artículo 585 sigue siendo útil, especialmente el inciso segundo del mismo. Este dispone que el uso y goce de las cosas comunes “*son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional*”.

En definitiva, para el mencionado artículo 585 son inapropiables las cosas que tengan tal calidad según el Derecho Internacional Público, como la alta mar o la estratósfera terrestre. Un ejemplo concreto es el Tratado sobre el Espacio Exterior³¹², que entró a

³¹⁰ AEDO Zapata, Milena Andrea. 2006. *Óp. cit.*, pág. 46.

³¹¹ GUZMÁN Brito, Alejandro. 1997. *Derecho Privado Romano*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág. 434.

³¹² Es denominado oficialmente como “*Convenio sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la explotación y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes*”.

regir en Chile al publicarse en el Diario Oficial de fecha 26 de marzo de 1982. El artículo 2 de esta convención señala:

“El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera”.

b. Art. 589.

El artículo 589 dispone que:

“Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales”.

Al igual que el anterior precepto civil, su origen se encuentra en el Derecho romano. El jurisconsulto Celso distinguió las ‘*res publicae in uso publico*’ de las ‘*res publicae in pecunia populis*’. Las primeras son destinadas al uso de todos los habitantes, mientras que las segundas, en cambio, al uso de los particulares, pero reservándose el *populus* la propiedad sobre ellas. Guzmán Brito enseña sobre estas nociones que:

“Para efectos de su protección interdictal, los juristas distinguen dentro de esta clase [res publica]: a) Aquellas cosas pertenecientes al pueblo, pero además ‘destinadas al uso público’ (quae publico usui destinatae sunt), como las vías o calles, los puentes, los foros, las plazas, los teatros y los baños o termas. Respecto de ellas rige un estatuto dominical de carácter administrativo. Esas cosas se hacen públicas mediante un edicto especial denominado ‘publicatio’, son ‘extracomercium’ y se encuentran protegidas mediante los siguientes interdictos: ne quid in loco publico fucias (D. 43.8), quo minus loco publico (D. 43.9); quo minus illi viam publicam (D. 43.11). En general, a través de estos interdictos se trata de impedir que alguien

entorpezca el uso público de las cosas a que se refieren, o que se las destine a un uso privado o que se las dañe o que se frustren su reparación y cuidado por los particulares. En atención a dichas finalidades, dichos interdictos tienen carácter ‘popular’ [...] d) Hay cosas públicas que ‘están en el patrimonio del pueblo’ (res in patrimonio populi), respecto de las cuales éste es dueño como lo es un particular frente a las suyas, por modo de quedar sujetas dichas cosas en principio a un estatuto dominical de derecho privado; en consecuencia, su uso no es entregado al público en general. Pertenecen a esta clase, por ejemplo, los esclavos del pueblo romano (servi publici), la tierra pública (ager publicus) o el botín de guerra”³¹³.

El Código Civil siguió de cerca la doctrina romana, excepto por una cosa: la denominación de ‘nacionales’ a los bienes públicos. Este concepto fue acuñado por el Derecho francés de la Revolución. En particular, con la *loi relatif aux domaines nationaux, aux échanges, aux concessions et aux apanages* del año 1790.

El patrimonio público (en un sentido lato) se compone de bienes públicos y privados del Estado. Se identifican los primeros con los bienes nacionales de uso público y los segundos con los bienes fiscales. “*Debemos tener presente en este sentido, que la doctrina civilista chilena ha considerado el dominio público como una propiedad común, que tiene ciertas características peculiares*”³¹⁴. Sin embargo, esa conclusión debe evitarse, como acertadamente apunta Marienhoff:

“Establecer qué bienes son públicos y cuáles son privados traduce una cuestión de índole ‘civil’. Pero una vez establecido cuáles son los bienes que integran el dominio público, va de suyo que éste constituye una institución de derecho público y, más precisamente, de Derecho Administrativo”³¹⁵.

³¹³ GUZMÁN Brito, Alejandro. 1997. *Óp. cit.*, pág. 436.

³¹⁴ AEDO Zapata, Milena Andrea. 2006. *Óp. cit.*, pág. 49.

³¹⁵ MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Óp. cit.*, N° 1725.

De manera que el rol del Código civil es simplemente entregar la situación de las cosas o bienes. Se trata de decidir qué cosas serán objeto de una posición jurídica, en este caso dominical (aspecto externo). Pero configurar los concretos poderes que se ejercerán sobre ese objeto (aspecto interno), cuando se atribuye al Estado, es una cuestión de Derecho administrativo. Con este fin, el Código Civil precisó que son bienes nacionales, por ejemplo, las tierras sin otro dueño (artículo 590), playas (artículo 594), aguas (artículos 593, 595 y 596) y nuevas islas formadas en ellas (artículo 597). En el artículo 592, Andrés Bello remarcó que la distinción entre cosas públicas y privadas atiende al titular de su dominio y no a otros factores. Así, el precepto legal dispone textualmente que:

“Los puentes y caminos contruidos a expensas de personas particulares en tierras que les pertenecen, no son bienes nacionales, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos. Lo mismo se extiende a cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares y en sus tierras, aun cuando su uso sea público, por permiso del dueño”.

Finalmente, resta por mencionar que, a partir del precepto en estudio, se ha restringido la noción de dominio público en Chile. Este consistiría únicamente en los bienes del Estado destinados al uso directo e inmediato de los habitantes. No podrían llegar a ser parte del demanio los bienes afectos a un servicio público u otros cometidos, por impedirlo el artículo 589. Estimo que esta interpretación es excesiva, pues esta norma tiene meramente rango legal. Si la ley crea bienes públicos destinados a otro fin, no puede negárseles a estos entrar a la categoría de los bienes nacionales. Naturalmente no serán de uso público, pues este no es su fin, pero ello sólo demanda reconocer subclases dentro del género de las cosas públicas. Existirán, por ejemplo, bienes nacionales de uso público, como calles o plazas. También bienes nacionales de fomento nacional o empresa pública, como las minas, hidrocarburos o la energía geotérmica. Hay igualmente bienes nacionales de destino múltiple, como las aguas, en que su destino común es un fin tan relevante como el uso privativo, por ejemplo, para consumo humano. Finalmente, los bienes afectos a un servicio público, como estimo que ocurre en Chile con las áreas silvestres protegidas. Si bien la demanialidad de las mismas ya fue explicada al hablar del elemento finalista del dominio público,

aquí corresponde profundizar porque encuadro a estas en el servicio público y no en otro cometido estatal. Esto se debe a la definición misma de servicio público, la que recojo de Jorge Bermúdez, quien a su vez cita a Maurice Hauriou:

“Hauriou define al servicio público como ‘servicio técnico prestado al público de manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública’³¹⁶.

Las áreas silvestres protegidas se subsumen bajo este concepto de servicio público pues no es suficiente su afectación para servir al interés que las motiva. Tampoco basta habilitarlas (con trabajos y obras), ni luego de ello meramente conservarlas. El Legislador ha exigido que ellas tengan determinadas cualidades, como ser únicas o representativas de la diversidad del país. Además, requiere que sean mejoradas y se racionalice la utilización de los recursos que existan en ellas, así como que se preserven los elementos culturales ligados a ellas. También demanda que estas sirvan a la educación e investigación. En síntesis, es un servicio regular y continuo que el ente, con ocasión de gestionar el área protegida, presta indirectamente a la comunidad, a la cual provee del bienestar que conlleva un ambiente preservado.

c. Art. 591.

El artículo 591 se refiere al dominio minero y requiere un especial y acabado comentario. Los autores de Derecho minero, frente a la interrogante de a quién pertenece originariamente esa riqueza, contestan con los llamados ‘sistemas de propiedad minera’. Los que se han formulado a lo largo de la historia son las teorías de la ‘*accesión*’, la ‘*ocupación*’, la ‘*res nullius*’, la ‘*libertad de minas*’ y la ‘*regalía*’. Respecto de ellos, comenta Samuel Lira que:

“Estos sistemas pueden reducirse a tres: a) sistemas que atribuye las minas al dueño del suelo (accesión); b) sistema que declaran los yacimientos

³¹⁶ BERMÚDEZ Soto, Jorge. 2010 (2011). *Óp. Cit.*, pág. 247.

como cosas de nadie (ocupación, res nullius y en cierto sentido libertad de minas) y c) sistema que adjudica las minas al Estado (regalista)”³¹⁷.

La controversia consiste en si la libertad de minas o el regalismo es el sistema adoptado por Chile para explicar la propiedad minera. En ambos los yacimientos se atribuyen al Estado, pero difieren en las condiciones que tiene tal dominio y las consecuencias que esto trae para el particular. El primero asevera que la propiedad estatal sobre las minas es eminente, lo que significa un poder para tutelar la riqueza nacional, emanado de la soberanía, pero carente de contenido patrimonial. El rol estatal es sencillamente ordenar dicha explotación, esto es, fijar los requisitos que habilitan a los particulares a emprender la extracción del mineral. El segundo sistema disiente del primero, a quién acusa de vaciar de contenido al dominio minero, y en cambio afirma la patrimonialidad de este. El Estado es quién dirimirá como aprovechará los yacimientos, de la misma forma que lo hace cualquier particular. Así, podrá hacerlo él mismo, asociado con privados o delegarlo a los últimos, a título precario.

Para determinar qué sistema ha seguido el Legislador chileno, deben distinguirse tres fases históricas. La primera es la época anterior a la nacionalización de la gran minería del cobre. La segunda se extiende desde ese hito hasta la dictación de la actual Constitución Política de la República. Finalmente, la última fase comienza desde este hecho y perdura hasta la actualidad.

En el primer periodo histórico, la doctrina se inclinó por entender que en Chile regía la libertad de minas. Por ejemplo, manifiesta Samuel Lira que:

“El sistema vigente en nuestra legislación con anterioridad a la dictación de la Ley N° 17.450 no era otro que el de libertad de minas, que atribuye al Estado un dominio eminente y otorga la propiedad de las minas a los particulares. Estaba establecido en el artículo 1° del Código de Minería de

³¹⁷ LIRA Ovalle, Samuel. 1998. *Curso de Derecho de Minería*. Santiago de Chile, 3° Edición, Editorial Jurídica de Chile, pág. 37.

1932, que reproducía el artículo 591 del Código Civil, el cual, a su vez, reconoce origen en las Ordenanzas de Nueva España o México”³¹⁸.

Si se estudia directamente al pensamiento de Andrés Bello, se comprenderá el error de llegar a esa conclusión. En la obra *Principios de derecho de gentes*, el intelectual venezolano señaló:

*“Los bienes que posee la nación son de varias especies. Los unos pertenecen a los individuos o a las comunidades particulares (como a ciudades, monasterios, gremios) y se llaman bienes particulares; los otros a la comunidad entera, y se llaman públicos. Divídase estos últimos en bienes comunes, cuyo uso es indistintamente de todos los individuos de la nación, como son las calles, plazas, ríos, lagos, canales, y bienes de la corona o república, los cuales o están destinados a diferentes objetos de servicio público, v. gr., las fortificaciones y arsenales; o pueden constituir, como los bienes de los particulares, en tierras, casas, haciendas, bosques, minas, que se administran por cuenta del estado; en efectos muebles; en derechos y acciones”*³¹⁹.

Son tres las cosas que deben destacarse del citado pasaje. Primero, que las cosas afectas a un servicio público son bienes fiscales para el autor. Esto explica que, para el Código Civil, sólo los destinados al uso directo e inmediato de los habitantes sean bienes públicos. Esto no es una novedad, pues ya se explicó que, si bien esa afirmación es correcta en ese código, nada impide que otras leyes publiquen los bienes afectos al servicio. Tampoco que las cosas se entreguen a otros fines públicos y el Legislador las sujete igualmente al régimen exorbitante del dominio público. Segundo, que Bello entendía el dominio del Estado sobre las minas como igual al de los particulares sobre sus cosas. Era ajeno por tanto a la afirmación hecha por la doctrina, de ser una propiedad eminente o virtual, desprovista de patrimonialidad. Tercero, la referencia a administrar las minas por cuenta del Estado es una inequívoca

³¹⁸ LIRA Ovalle, Samuel. 1998. *Óp. cit.*, pág. 42.

³¹⁹ BELLO López, Andrés. 1832. *Óp. cit.*, pág. 19.

alusión a los particulares. Esto cambia el sentido dado al artículo 591, cuando otorga a estos la facultad de:

“Labrar y beneficiar dichas minas, y la de disponer de ellas como dueños”.

Este precepto no significa que los particulares tengan un dominio (patrimonial) del que carece el Estado (que solo tiene uno eminente). La palabra ‘como’ en esa oración tiene la finalidad de equiparar al no-dueño con el dueño, por lo que ambos podrán comportarse igual respecto a las minas. Esto se explica en la razón que apunta Bello: el no-dueño será un administrador por cuenta del dueño (Estado). Reunirá y podrá conservar esa calidad quién cumpla *“con los requisitos y bajo las reglas que prescribe el Código de Minería”* (artículo 591). Además, se puede entender que el intelectual venezolano equiparó el título habilitante que la legislación minera daría al privado con la propiedad para darle protección. Si el Estado pensaba privarlo de continuar el beneficio del yacimiento, tendría que recurrir a la facultad o dominio eminente. Andrés Bello dio a este concepto su significado original ideado por Grocio, Pufendorf y Vattel. En la obra ya citada señaló que:

“La utilidad pública exige que el soberano tenga la facultad de disponer de todas las especies de bienes que pertenecen colectiva o distributivamente a la nación; al establecerse la cual, se presume que no concede la propiedad de ciertas cosas sino con esta reserva. La facultad de disponer, en caso necesario, de cualquier cosa contenida en el estado, se llama dominio eminente, o simplemente dominio. Hay, pues, dos especies de dominio inherente a la soberanía: el uno semejante al de los particulares, que es el que se ejerce sobre los bienes públicos; y el otro superior a este, virtud del cual puede el soberano disponer, no solo de los bienes de la república y de los bienes comunes, mas también de las propiedades de los particulares, si la salud o la conveniencia del estado lo requieren”³²⁰.

En la mente de Bello, el dominio eminente no es más que la justificación de la potestad ablatoria que el Estado dirige contra el patrimonio particular. La expropiación o la imposición de tributos son emanaciones del mismo. En relación a las minas, el dominio

³²⁰ BELLO López, Andrés. 1832. *Óp. cit.*, págs. 36 -37.

eminente no vincula al Estado con los yacimientos, sino con el título habilitante del particular. Si se quiere privar a este último de dicho título, habrá expropiación y deberá indemnizársele. Esta interpretación debió haber pasado al Código de Minería de 1932, que reproducía lo dispuesto por el Código Civil. Sin embargo, no fue así debido a la ya interpretación ya dicha que la doctrina dio a tales preceptos legales. A pesar de ello, la inteligencia propuesta al artículo 591 es válida hoy, como se demostrará al referirse al contenido de la actual Constitución.

El siguiente periodo histórico comienza con la dictación de la Ley N° 17.450 que nacionalizó la gran minería del cobre. Esta modificó la Constitución de 1925, lo que hizo afirmar en la doctrina una sustitución de la libertad de minas por el regalismo. Samuel Lira afirma por ejemplo que se causó

“[Un] cambio de la naturaleza jurídica del derecho de los particulares sobre las minas, que de propiedad pasó a ser concesión”³²¹.

El actual periodo histórico comienza con la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de 1980. En ella se afirma que el dominio público minero es absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible, notas características del regalismo. No obstante, los regímenes de explotación ideados por el constituyente reavivaron la discusión, llegándose a planteamientos eclécticos, como el de Samuel Lira:

“Respecto de los yacimientos de sustancias susceptibles de concesión judicial, esta declaración del dominio del Estado, que aparece concebida en términos tan enfáticos, se aminora y se transforma en la legislación vigente [...] para pasar a construir lo que podemos llamar el dominio público especial del Estado sobre todas las minas. Con todo, por lo que toca a los yacimientos reservados al Estado, esto es, aquellos de sustancias que no son susceptibles de concesión judicial, el dominio del Estado debe calificarse de patrimonial”³²².

Estimo que la discusión sobre el dominio patrimonial o eminente, o la solución ecléctica de uno especial, debe superarse. Ella surge por la perplejidad que causa el dominio

³²¹ LIRA Ovalle, Samuel. 1998. *Óp. cit.*, pág. 44.

³²² LIRA Ovalle, Samuel. 1998. *Óp. cit.*, pág. 45.

público, al ser distinto al previsto en el Derecho civil. De las peculiaridades del tráfico de las cosas en el Derecho público ni aún los bienes fiscales se salvan, a pesar que el tráfico de ellos se sujeta a las normas privadas, pudiéndose dar múltiples ejemplos. Una primera diferencia se encuentra en que, mientras el particular puede decidir arbitrariamente el destino que dará a su propiedad, no ocurre otro tanto con el Estado. Este es obligado a destinar a fines públicos sus bienes, aún los fiscales que se rigen por el Derecho privado, y no a cualquier cometido sino al que concretamente deba perseguir la entidad pública. Ello se manifiesta, por ejemplo, en el artículo 56 del D.L. 1.939, que autoriza al Ministerio de Bienes Nacionales a cesar la adscripción de un bien fiscal hecha a una repartición pública por desviación de fin. Otra diferencia entre el Fisco y un particular es que no se encuentran en la misma situación respecto a la conservación de su propiedad. El privado puede dejarla estropear mientras no cause perjuicio a otro. El ente público que use un bien fiscal no puede dejarlo deteriorar, aún sin daño a terceros, porque incumple su rol y justifica que el Ministerio de Bienes Nacionales recupere tal bien, a través del acto administrativo de desadcripción.

El patrimonio del Estado (público y fiscal) es por tanto una modalidad de propiedad, por causa del interés común que debe servir. En los bienes fiscales, este interés no es tan intenso para sustraerlos del tráfico privado, pero sí existe un reducto insalvable de Derecho administrativo que los regirá. Los bienes públicos, en cambio, deben atender un interés más intenso, lo que explica su régimen exorbitante. Este consiste en sustraerlos del tráfico privado, asignando competencias para perseguir el fin público que motivó su creación y reglando el tráfico administrativo.

La sustracción de la cosa al Derecho civil consiste en quitarle las cualidades de alienable, prescriptible y embargable, por lo que ya no será objeto de actos regidos por esta rama del Derecho. El bien obtiene de esta manera las características contrarias de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, que son las que califican de exorbitante el régimen demanial. La supresión del régimen civil deberá ser íntegra, lo que permite distinguir el demanio de las potestades exorbitantes del Estado sobre bienes fiscales. Por ejemplo, el artículo 22 de la Ley de la Junta Nacional de Jardines

Infantiles (JUNJI)³²³ declara inembargables los bienes de esta. No obstante, el restante tráfico de ellos sigue normas de Derecho civil. Por lo que la Junta podrá enajenarlos, los adquirentes de ellos tendrán su posesión y si existió nulidad en esa transferencia podrán llegar a prescribirlos a su favor. Otra condición tiene, por ejemplo, el subsuelo de calles y veredas, que no solo es inembargable, sino inalienable e imprescriptible.

En relación a la asignación de competencias y regulación del tráfico administrativo, resulta crucial explicar la manera en que opera en esto el principio de juridicidad de la actuación del Estado. En los bienes fiscales, los fines son fijados por la ley orgánica del ente, pero los medios (tráfico) serán facultades discrecionales (Derecho privado). La cobertura jurídica de tales medios se encuentra en la ley que habilita al órgano para actuar en el tráfico privado³²⁴. Sin embargo, el ente quedará siempre sujeto a las técnicas de control del Derecho administrativo. Así se ejemplificó con la potestad de cesar la destinación de un bien fiscal hecha a un ente público por incurrir este en desviación de fin. Tratándose de los bienes públicos, los fines se establecen en la *publicatio* que los creó, pero los medios (tráfico), al sustraérselos al Derecho civil, serán potestades cuya cobertura jurídica y control corresponde al Derecho administrativo. Por ejemplo, para cumplir el fin de destinar una calle al uso público, la ley otorga a la Administración poderes de policía para impedir que se entorpezca el tránsito. El Legislador puede no sólo asignar competencias para perseguir el uso, servicio o empresa pública, sino también crear un tráfico administrativo y conceder poderes para gestionarlo. Esta especie de tráfico consiste esencialmente en otorgar a los particulares títulos para usar privativamente una cosa pública. En la destinación al uso directo o indirecto, la existencia del tráfico administrativo no es obligatoria y, de contemplarse, están subordinados a los fines de la *publicatio*. Es también concebible que no puedan otorgarse usos privativos, como ocurre a propósito de las obras intelectuales que han pasado al dominio público. Si ello fuera posible, perdería sentido la cesación de los derechos del autor o inventor como causal para adscribirlos al demanio. En la persecución de otros fines públicos, como el fomento nacional o la empresa pública, el tráfico administrativo puede tener un doble rol. Por un lado, ser

³²³ Ley N° 17.301 que crea la corporación denominada Junta Nacional de Jardines Infantiles.

³²⁴ Véase por ejemplo el art. 26 del D.L. N° 1.939 de 1977.

terminantemente excluido, como cuando lo reservado solo puede ser explotado por el Estado, lo que implica que el fin de empresa pública se realizará además en condiciones monopólicas. Cabe advertir que esto no es obligatorio, pues tal fin de empresa pública puede contemplar la colaboración de los particulares, de manera que se otorgue a ellos títulos de uso privativo, pero subordinados al mencionado fin de empresa pública. Por otro, puede ser la causa misma de la ley de publicación y por tanto su existencia es imperativa. En este último caso, el Legislador normalmente reglamentará de manera minuciosa el título de uso privativo de la cosa común y el tráfico administrativo al que se sujetará. En caso de no hacerlo, tendrán lugar los permisos precarios o concesiones administrativas, por ser técnicas generales del Derecho administrativo e imponerse la existencia del uso privativo por el fin mismo de la publicación. Conviene precisar que la sustitución integral del régimen privado por el público se refiere únicamente al dominio del bien objeto de la *publicatio* y no al título de uso privativo que pueda crearse. Este último siempre tendrá un reducto de Derecho administrativo, que reglará la adquisición originaria del mismo. Pero una vez originado, podrá entregarse al tráfico privado o regirse por el Derecho público. Por ejemplo, el artículo 37 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades³²⁵ admite que se entregue en concesión el subsuelo urbano (bien público) para construirlo y explotarlo. Añade que estos títulos “*serán transferibles, asumiendo el adquirente todos los derechos y obligaciones derivados del contrato de concesión*”. Al amparo de esta regla es que se construyen, bajo calles y veredas, las plazas estacionamiento vehicular que explotan los privados. Otro ejemplo es el artículo 21 de la Ley General de Telecomunicaciones³²⁶, el que originalmente preveía que las concesiones de radiodifusión fueren intransferibles. Tras distintas modificaciones, su actual texto admite la enajenación de ellas, previa autorización de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, que no podrá denegarla sino por causa justificada.

El sentido descrito del régimen exorbitante del dominio público demuestra que esta es la naturaleza de la propiedad minera. En primer lugar, el constituyente, mediante artículo 19, número 24 (elemento normativo), señala que este dominio corresponde al

³²⁵ Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

³²⁶ Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones.

Estado (elemento subjetivo). Las notas de dicha propiedad son ser absoluta, exclusiva, inalienable e imprescriptible, sustrayéndola así al Derecho civil. En segundo lugar, el fin de dicha sustracción es el fomento nacional o la empresa pública (elemento teleológico). Esto queda de manifiesto al exigir el constituyente, por ejemplo respecto a las minas concesibles, que el dueño de la concesión desarrolle la actividad que motivó otorgarle este título. Además, ordena que el régimen de amparo de la concesión tienda al cumplimiento de ese deber. El sentido propuesto del dominio público sustituye la destinación al uso directo e inmediato por la apertura de fines, lo que permite abarcar el cometido que tiene la propiedad minera. En tercer lugar, en la persecución del fin ya descrito, puede o no contemplarse la existencia de un título de uso privativo y del tráfico administrativo de este. Así lo hace la Constitución al prever, por un lado, una forma que excluye los títulos privativos (explotación estatal) y, por otra, la previsión de variedad de ellos (contratos especiales de operación, concesiones administrativas, concesiones judiciales).

d. Otras disposiciones.

Resta por referirse a las demás normas del Código Civil sobre el dominio público, las que tratan esencialmente dos materias. Por un lado, las que describen distintas dependencias demaniales, como los artículos 593, 595 y 596 (mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, aguas interiores y todo otro recurso hídrico) o el artículo 594 (playa de mar). Por otro lado, las que se refieren al uso de los bienes demaniales, siendo la más relevante el artículo 598, el que dispone que el uso y goce de los bienes públicos:

“[...] estarán sujetos a las disposiciones de este Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen”.

Confirma ello que el rol del Código Civil es entregar la situación de los bienes respecto a su titular, pero que el Derecho administrativo es quién los gobierna.

Los artículos 599, 600, 601, 602, 603 y 604 contienen prohibiciones con el fin de no entorpecer el uso público de los bienes nacionales. Especial relevancia tiene la que impide construir en ellos sin permiso de la autoridad. Añade que, contando con tal

autorización, no tiene el particular ni la propiedad del suelo ni de la obra, sino solo el uso y goce. Expirado su permiso, el bien volverá al Estado o al uso colectivo, según corresponda.

El Código Civil no tiene una norma expresa sobre la intransferibilidad de los bienes públicos, lo que ha sido profusamente tratado al exponer previamente sobre el régimen demanial. No obstante, el artículo 1105 es una emanación de esta tácita premisa, pues declara nulos los legados de bienes nacionales de uso público.

Finalmente, el artículo 948 entrega acciones posesorias a las Municipalidades y cualquier persona del pueblo en favor de los bienes públicos y de la seguridad de quienes los usan.

3. Decreto-Ley N° 1.939 de 1977.³²⁷

A diferencia de España o Francia, en Chile no existe un Código destinado a la generalidad del dominio público. El ordenamiento nacional está más cercano al Derecho italiano: en ambos, el Código Civil destina un título a los bienes del Estado. Sin embargo, los preceptos del *Codice* italiano versan sobre materias en que el Código de Bello guardó silencio. En particular, la condición jurídica de estos, el rol que cabe al Estado y la forma en que los bienes transitan entre los regímenes fiscal y demanial. Sobre el primero de estos asuntos, ya se señaló que no existe norma legal expresa, aunque si es reconocido en la práctica. En cuanto a la segunda y tercera de las materias señaladas, esa omisión es salvada por el texto positivo que pasa a referirse.

La historia de esta norma jurídica comienza en el año 1974. Hasta ese momento, las leyes relativas a bienes fiscales y nacionales estaban desperdigadas. El trabajo de recopilación culminó en el año apuntado con el D.L. N° 574, que los refundió todos. Enseguida, se dio paso a la revisión del mismo, para sustituirlo por un sistema racional, unitario y coherente: el D.L. N° 1.939 dictado en 1977.

³²⁷ Las citas de artículos en este número 3 que no hagan referencia a una norma jurídica en particular, se entienden realizadas al D.L. N° 1.939 de 1977.

El decreto-ley en estudio no fue pensado para reglar sistemáticamente bienes públicos, sino fiscales. Motivo por el que el fin del proceso se logró respecto a ellos, pero en relación al demanio únicamente salvó los vacíos apuntados del Código Civil. Así resulta que, en el mentado decreto-ley, sólo cuatro son los artículos relevantes.

En primer lugar, el artículo 1, inciso segundo, que dispone:

“El Ministerio [de Bienes Nacionales] ejercerá las atribuciones que esta ley le confiere respecto de los bienes nacionales de uso público, sobre los cuales tendrá, además, un control superior, sin perjuicio de la competencia que en la materia le asignan leyes especiales a otras entidades”.

En segundo lugar, los artículos. 64 y 65, del párrafo II del título III del decreto ley, destinado a las mutaciones del dominio público, mediante simples decretos. De acuerdo a tales preceptos legales, la afectación es competencia exclusiva del Ministro de Bienes Nacionales. En cambio, la desafectación se debe ejercer por aquel en conjunto con el Ministro de Vivienda o Urbanismo o de Obras Públicas, según corresponda, y por motivo fundado.

Finalmente, el artículo 21 se refiere a la destinación de bienes fiscales a reservas forestales, parques nacionales y demás áreas protegidas. Con anterioridad se explicó que esta norma jurídica podía entenderse como una destinación de un bien fiscal, la cual no cambiaría su régimen jurídico. Esta opción interpretativa se aviene con la comprensión de los bienes nacionales como destinados únicamente al uso directo e inmediato. Las áreas protegidas no tendrían ese fin, pues su cometido es la preservación ambiental y sólo secundariamente la recreación de la comunidad y en la medida que el primer objeto lo permita. Esto es lo que justificaría someter a reglas especiales esta parcela del patrimonio fiscal. Otra forma de entenderla es como una tercera forma de afectación prevista en el decreto-ley en estudio, por lo que el inmueble fiscal pasaría a ser bien público. No estaría destinado al uso directo, pero sí a otros fines generales, estando el demanio abierto a múltiples cometidos. Este último se constituye, por ley, allí dónde se precisa un régimen exorbitante, alternativo al Derecho civil, para cumplir los fines del Estado.

4. Otras normas legales y reglamentarias.

Este último acápite se refiere a las demás normas que reglan los bienes públicos más relevantes. No tiene pretensión de completitud por la amplitud de la materia, de manera que sólo se persigue enunciarlas, pero no como un mero listado carente de orden. Se busca presentarlas en el marco de la clasificación de las dependencias demaniales en 'terrestres', 'hidráulicos', 'aéreas' e 'intelectuales'. Además, se señalará en cada caso el ente público que tiene a su cargo la dependencia demanial respectiva.

a. Dominio público terrestre.

Son once las normas a citar relativas al dominio público terrestre. Primero, la LOC de Municipalidades³²⁸, que asigna a esta entidad edilicia la labor de administrar, dentro de la comuna, los bienes públicos no encargados a otro órgano. Segundo, la LOC de Gobierno y Administración Regional³²⁹, que encomienda al Gobernador supervigilar tales bienes y que, una vez entre en vigor la modificación a tal norma legal por la Ley N° 21.073, pasará tal tarea al Delegado presidencia provincial. Las competencias otorgadas a estos dos órganos son amplísimas en el texto. Sin embargo, existiendo entes que gestionan los bienes hidráulicos, aéreos e intelectuales, los citados quedan reducidos al terrestre. Tercero, la Ley General de Urbanismo y Construcciones³³⁰ se refiere a la condición de calles, puentes, plazas y áreas verdes en general. Cuarto, la Ley de Caminos³³¹, que distingue estos de las demás calles o avenidas, y las encomienda a la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas. En quinto, sexto y séptimo lugar, están la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente³³², la Ley de Bosques³³³ y la Ley del Sistema de Áreas Silvestres Protegidas del Estado³³⁴. Estas

³²⁸ Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

³²⁹ Ley N° 19.175 Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.

³³⁰ D.F.L. N° 458 de 1976 de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones

³³¹ El D.F.L. N° 50 de Obras Públicas, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley del Ministerio de Obras Públicas (Ley N° 15.840) y la Ley de Caminos (D.F.L. N° 206 de 1960 de Obras Públicas).

³³² Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.

³³³ D.L. N° 4.363 de 1931 de Tierras y Colonización, hoy Bienes Nacionales.

³³⁴ Ley N° 18.362 que crea el Sistema de Áreas Silvestres Protegidas del Estado.

permiten destinar o afectar (de acuerdo a la teoría que se adopte sobre el elemento teleológico del demanio) bienes fiscales a fines ambientales. Su tuición está encargada a la Corporación Nacional Forestal, supervisándolo en esa tarea el Ministerio del Medio Ambiente. Octavo, se encuentra la Ley de Monumentos Nacionales³³⁵, en cuanto tales obras adhieran a un bien público, como una plaza, y cuya protección esta encargada al Consejo de Monumentos Nacionales. Noveno, la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica³³⁶, que rige esta fuerza originada en el calor natural de la tierra. Al Ministerio de Energía³³⁷ corresponde “*la aplicación, control y cumplimiento de esta ley y sus reglamentos [...] [y, especialmente] fiscalizará y supervisará el cumplimiento de [...] las obligaciones de los concesionarios que se estipulen en el decreto de concesión*” (artículo 8 de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica³³⁸). Para esta labor, tal ministerio es asesorado técnicamente por la Comisión Nacional de Energía (CNE)³³⁹ y el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN)³⁴⁰, dependiente este último del Ministerio de Minería. Finalmente, la décima y undécima norma a citar, tratándose del dominio público terrestre, es la LOC de Concesiones Mineras³⁴¹ y el Código de Minería, las que reglan la *publicatio* de las minas e hidrocarburos. Corresponde al Ministerio de Minería la “*la planificación y ejecución de la política de fomento minero y de protección de las riquezas minerales nacionales*”³⁴², para lo cual cuenta con asesores técnicos especializados, como el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN)³⁴³ y la Comisión Chilena del Cobre (COCHILCO)³⁴⁴. Cabe destacar también a la Comisión Chilena de Energía Nuclear (CChEN)³⁴⁵ que, si bien depende del Ministerio de Energía, es quién ejerce por el Estado el derecho de primera opción de compra de torio y uranio (artículo 10 del

³³⁵ Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales.

³³⁶ Ley N° 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmica.

³³⁷ D.L. N° 2.224 de 1978 de Minería, crea el Ministerio de Energía y la Comisión Nacional de Energía.

³³⁸ Ley N° 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmica.

³³⁹ D.L. N° 2.224 de 1978 de Minería, crea el Ministerio de Energía y la Comisión Nacional de Energía.

³⁴⁰ D.L. N° 3.235 de 1980 de Minería, crea el Servicio Nacional de Geología y Minería.

³⁴¹ Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras.

³⁴² Art. 1, D.F.L. N° 302 de 1960 de Hacienda, Aprueba disposiciones orgánicas y reglamentarias del Ministerio de Minería.

³⁴³ D.L. N° 3.235 de 1980 de Minería, crea el Servicio Nacional de Geología y Minería.

³⁴⁴ D.F.L. N° 1 de 1987 de Minería, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 1.349 de 1976, que crea la Comisión Chilena del Cobre.

³⁴⁵ Ley N° 16.319, crea la Comisión Chilena de Energía Nuclear.

Código de Minería). En relación a los entes públicos que intervienen en el otorgamiento de títulos que habilitan a los particulares para explotar un yacimiento, hay que distinguir entre minerales concesibles y los que no lo son. Tratándose de los primeros, corresponde a los Tribunales ordinarios de Justicia constituir y extinguir las concesiones mineras, sean de exploración o explotación. El Estado participa de esta actividad económica en igualdad de condiciones que los particulares, por empresas como la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO)³⁴⁶ o la Empresa Nacional de Minería (ENAMI)³⁴⁷. En cuanto a las sustancias no concesibles, esta se realiza por compañías estatales, como la Empresa Nacional de Petróleo (ENAP)³⁴⁸, o mediante concesiones administrativas o contratos especiales de operación³⁴⁹.

b. Dominio público hidráulico.

El dominio público hidráulico precisa una distinción previa. Por un lado, las aguas marítimas, incluido el fondo de mar, playas y terrenos de playa. La norma cardinal aquí es Ley de Concesiones Marítimas³⁵⁰, que da a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas³⁵¹ el “*control, fiscalización y supervigilancia*” de ellos. Sin embargo, esta ejercerá lo inspectivo a través de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (DIRECTEMAR), por disponerlo así la ley orgánica del mismo³⁵². Por otro, las aguas terrestres, incluido el lecho de ríos y lagos. La gestión estatal de este recurso es doble. Primero, la Dirección General de Aguas, normada en esta materia por el Código de Aguas. El rol que tiene está ligado con un peculiar uso privativo del

³⁴⁶ D.L. N° 1.350 de 1976 de Minería, crea la Corporación Nacional del Cobre de Chile.

³⁴⁷ D.F.L. N° 153 de 1960 de Hacienda, crea la Empresa Nacional de Minería.

³⁴⁸ D.F.L. N° 1 de 1986 de Minería, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 9.618, que crea la Empresa Nacional del Petróleo.

³⁴⁹ Los siguientes normas jurídicas han fijado las normas sobre contratos especiales de operación para hidrocarburos y litio: i) D.F.L. 2 de 1986 de Minería, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 1.089 de 1975, que establece normas sobre contratos especiales de operación para la exploración y explotación o beneficio de yacimientos de hidrocarburos; y ii) D.S. N° 16 de 2012 de Minería, establece requisitos y condiciones del contrato especial de operación para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio, que el estado de Chile suscribirá conforme a las bases de licitación pública nacional e internacional que se aprobarán para estos efectos.

³⁵⁰ D.F.L. N° 340 de 1960 de Hacienda, Ley de Concesiones Marítimas.

³⁵¹ La Ley N° 20.424 reestructuró el Ministerio de Defensa, sustituyendo las Subsecretarías de Ejercito, Marina y Fuerza Aérea por una sola Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.

³⁵² D.F.L. N° 292 Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo.

agua: su extracción desde cauces naturales. Razón por la que su función primordial es otorgar el derecho de aprovechamiento de ellas. Ejerce además la policía en la materia y supervisa las organizaciones de usuarios (juntas de vigilancia, asociaciones de canalistas y Comunidades de agua). Segundo, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas y la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (DIRECTEMAR) ejercen sus poderes también respecto a ríos y lagos navegables por buques de más de 100 toneladas³⁵³. De manera que todo lo dicho sobre esos organismos al tratar las aguas marítimas, es igualmente aplicable a las aguas terrestres que tengan la característica anotada.

Las principales actividades hidráulicas son la navegación, la pesca y la extracción misma del agua. La primera está regulada en la Ley de Navegación³⁵⁴ y el rol de policía marítima, fluvial y lacustre compete a la ya mencionada Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (DIRECTEMAR). En cuanto a la pesca, es minuciosamente tratada en la Ley de Pesca y Acuicultura³⁵⁵. Los entes públicos que en ella intervienen son esencialmente dos. La Subsecretaría de Pesca, encargada de otorgar las autorizaciones para explotar las pesquerías, exceptuándose la acuicultura en áreas cuya tuición compete a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas. Allí será esta última quien, mediante concesión, permita tal industria. El rol policial en las pesquerías, marítimas o terrestres, lo tiene el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, conforme a su ley orgánica³⁵⁶. Por último, la extracción de agua desde los cauces interiores y las obras para ese fin se reglan en el Código de Aguas. Cabe advertir que no existe derecho de aprovechamiento en aguas marítimas, sino solo sobre territoriales, que son las únicas regladas en el mentado Código de Aguas.

Para concluir la exposición del dominio público hídrico, cabe señalar la existencia de áreas protegidas del mismo. Están regladas por la Ley de Bases Generales del Medio

³⁵³ A la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas corresponde, mediante decreto, fijar la nómina de los ríos y lagos navegables por buques de más de 100 toneladas y que, por tanto, quedan bajo su tuición.

³⁵⁴ D.L. 2.222 que sustituye la Ley de Navegación.

³⁵⁵ D.F.L. N° 430, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.892 General de Pesca y Acuicultura.

³⁵⁶ D.F.L. N° 5, que fijó texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 34, que legisla sobre industria pesquera y sus derivados.

Ambiente³⁵⁷ y la Ley General de Pesca y Acuicultura³⁵⁸. La tuición de estas correspondía al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura³⁵⁹. Sin embargo, desde la entrada en vigencia de la Ley del Ministerio de Medio Ambiente³⁶⁰, compete directamente a este.

c. Dominio público aéreo.

El provecho que reporta el dominio público aéreo es doble, lo que pasa a explicarse.

En primer lugar, es un espacio por el cual puede navegarse. En esto la fuente por excelencia es el Código Aeronáutico. El órgano rector en este campo es la Dirección General de Aeronáutica Civil, la que tiene su propia ley orgánica³⁶¹. Son funciones esenciales del mismo otorgar, organizar y controlar el tránsito aéreo. Asimismo, controlar y fiscalizar los aeródromos públicos y privados y en general las actividades de aviación civil.

En segundo lugar y final, por el espacio aéreo es también por donde se difunde el espectro radioeléctrico, que permite las telecomunicaciones. Esta materia es reglada en la Ley General de Telecomunicaciones³⁶² y la Ley del Consejo Nacional de Televisión³⁶³. De acuerdo a estas normas legales, la gestión del espectro radioeléctrico, por regla general, corresponde a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, quién otorga las concesiones para la difusión de información por ese medio. Excepcionalmente, si tales ondas electromagnéticas se usarán para servicios de televisión, sean de libre recepción o limitados, la gestión de ellas y el otorgamiento de las concesiones corresponde al Consejo Nacional de Televisión.

³⁵⁷ Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

³⁵⁸ Ley N° 18.892 General de Pesca y Acuicultura.

³⁵⁹ D.F.L. N° 5, que fijó texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 34, que legisla sobre industria pesquera y sus derivados.

³⁶⁰ Ley N° 20.417 que crea el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

³⁶¹ Ley N° 16.752 sobre organización y funciones de la Dirección General de Aeronáutica Civil.

³⁶² Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones.

³⁶³ Ley N° 18.838, crea el Consejo Nacional de Televisión.

d. Dominio público intelectual.

Finalmente, norman esta dependencia demanial las Leyes de Propiedad Intelectual³⁶⁴ e Industrial³⁶⁵. Los órganos relevantes en cada una de ellas son el Departamento de Propiedad Intelectual del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural y el Instituto Nacional de Propiedad Industrial. Sin embargo, los textos legales señalados tienen como eje la custodia de los derechos del autor o inventor, no la protección y promoción del patrimonio cultural de la Nación. Esta misión cabe a la Ley del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio³⁶⁶. Pese a ello, las citadas Ley de Propiedad Intelectual e Industrial son útiles en la materia pues determinan la situación del bien intelectual. Las que no sean susceptibles de protección por su intermedio, o cuyos derechos hayan expirado, pasan al patrimonio público.

5. Ideas esenciales de la jurisprudencia y doctrina sobre el dominio público.

Los siguientes párrafos tratan, por un lado, una selección de la jurisprudencia que estimo relevante sobre el dominio público. Estas hablan de materias genéricas en algunos casos, como el concepto, características y régimen del demanio, y en otros se refieren a ciertos conflictos frecuentes que han debido resolver. La jurisprudencia se presenta dividida de acuerdo al órgano del cual emana: Tribunal Constitucional, Tribunales Superiores de Justicia y Contraloría General de la República. Por otro, se presentan a los autores que en la doctrina nacional han tratado sobre el demanio y se les adscriben a las distintas concepciones existentes sobre esta materia.

a. La jurisprudencia constitucional.

El Tribunal Constitucional tiene un acabo pensamiento en torno al dominio público, lo que se afirma por las variadas materias que sus pronunciamientos abordan. Estas

³⁶⁴ Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

³⁶⁵ D.F.L. N° 3, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.039 sobre Propiedad Industrial.

³⁶⁶ Ley N° 21.045 que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

abarcen el sentido y alcance de los preceptos constitucionales que regulan el demanio y, a partir de estos, clasifica las cosas. Ha explicado latamente el carácter de la reserva legal en el dominio público y ha entregado una definición y características de este. También expone sobre el régimen de esta especie de bienes, los usos de que pueden ser objeto y la tutela administrativa de los mismos. El contenido de los fallos constitucionales en estas materias será el fin de los siguientes párrafos.

En la sentencia dictada en causa rol 260-1997, el Tribunal Constitucional señala que el artículo 19, número 23, de la Constitución contiene cuatro reglas:

“[...] 1) La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565 del Código Civil, todas las cosas corporales o incorporales susceptibles de apropiación; 2) se exceptúan de esta libertad de adquisición, lógicamente, aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así, es decir, se excluyen, entre otros, los bienes nacionales de uso público, como las aguas por ejemplo; 3) solo en virtud de una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional, se pueden establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes. Esta regla constitucional, dentro del contexto lógico del precepto se refiere a los bienes privados, y 4) todas las disposiciones anteriores son sin perjuicio de otros preceptos de la Constitución”.

En este mismo fallo, se llega a la misma conclusión que ya expusimos sobre la utilidad de las actas de la Comisión Ortúzar para interpretar estas normas fundamentales:

“Los antecedentes de las Actas de la señalada Comisión tienen en este caso puntual un carácter meramente referencial, por cuanto el texto de la norma respectiva por ella propuesto fue modificado por la Junta de Gobierno”.

Mediante otra sentencia, el Tribunal Constitucional concluye que del artículo 19, número 23, de la Constitución se deduce una clasificación de las cosas:

“Los bienes pueden estar en tres categorías: los comunes a todos los hombres, los bienes nacionales de uso público y los susceptibles de apropiación [...] Los primeros no son apropiables, son bienes libres y, salvo excepciones, no tienen regulación. Los segundos, si bien la Constitución no los define, señalando que ‘deben pertenecer a la Nación toda’, sí lo hace el Código Civil, para el que son aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda y su uso corresponde a todos los habitantes (artículo 589, Código Civil). Estos bienes conforman el ‘dominio público’. Los susceptibles de dominio, finalmente, son los que pueden adquirirse por cualquier persona; son la regla general, pues la Constitución asegura ‘la libertad para adquirir toda clase de bienes’”.

Se desprende de esta cita que la jurisdicción constitucional entiende como bienes nacionales sólo a los comprendidos en la definición del artículo 589 del Código Civil. No habría para este Tribunal, por tanto, otros bienes de esta especie destinados a otros usos por el distinto cometido de su *publicatio*. Exceptúense únicamente las minas, aguas y creaciones o inventos del intelecto, pues una de las reglas contempladas en el artículo 19, número 23, de la Constitución precisamente es no ser aplicable a estas otras dependencias demaniales. En apartados anteriores ya se ha explicado que esta interpretación es incorrecta, pues cuando el constituyente ha dicho ‘que deban pertenecer a la Nación toda’ no a limitado fines ni medios. Sólo los ha controlado mediante una técnica formal (ley de quorum calificado) y material (interés nacional y subsidiariedad). Una interpretación contraria impediría dar otro sentido al artículo 589 del Código Civil, lo que no fue perseguido al redactarse la actual ley fundamental. Este precepto civil, como ya se explicó, puede ser entendido como la definición de una subespecie de bienes nacionales, reconociendo así la existencia de otras especies de estos.

En otro fallo (rol 2433-2013), el Tribunal Constitucional vuelve a recurrir al artículo 589 del Código Civil para definir en la Constitución a los bienes nacionales. Sin embargo, se equivoca al subsumir dentro de ellos también a las cosas comunes:

“La Carta Fundamental ha exceptuado de la regla general de libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, a ‘aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así’ (artículo 19, N° 23°, de su texto). El Código Civil denomina a esta clase de bienes como ‘bienes nacionales’ (artículo 589, inciso primero), susceptibles de clasificarse en dos especies: ‘bienes nacionales de uso público o bienes públicos’, cuyo uso pertenece en general a todos los habitantes de la nación (inciso segundo del citado artículo) y ‘bienes del Estado o bienes fiscales’, caracterizados porque su ‘uso no pertenece generalmente a los habitantes’ (inciso tercero del precepto aludido). A su turno, los bienes nacionales pueden integrar el dominio público natural, como en el caso de aquellos ‘que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres’, como ‘el mar adyacente y sus playas’, según refiere el inciso segundo del artículo 589, citado. O bien, pertenecerán al dominio público artificial, en virtud de expresa disposición legal en tal sentido, cual sucede con ‘las calles, plazas, puentes y caminos’, aludidos en el mismo precepto”.

Aquí la distinción entre un dominio público natural y uno artificial ha sido mal empleada por el juzgador constitucional. Esta dice relación con si la cosa necesita o no una adaptación especial para destinarla al fin común y no con la diferenciación entre cosas comunes y bienes públicos.

En la sentencia dictada en causa rol 1281-2008, el Tribunal Constitucional concluye que, por la excepcionalidad del dominio público, es inevitable la intervención de la ley. Esta se realiza mediante la *publicatio* o reserva, que es definida en esta forma:

“Esta declaración es lo que la doctrina denomina ‘reserva’ o ‘publicatio’. Mediante ella, el legislador establece que unos bienes determinados o toda una categoría de ellos, en razón de que por su uso o destino deben pertenecer a la nación toda, dejan de ser susceptibles de apropiación, quedando entregados al uso público. Se trata, en consecuencia, de un acto formal del legislador; indudablemente, también lo puede hacer el

constituyente, como lo hizo con las minas ('El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas', artículo 19 N° 24, Constitución)".

En el mismo fallo, el juzgador constitucional precisa acertadamente que la reserva recae sobre bienes y no personas:

"La reserva, enseguida, recae sobre bienes, no sobre personas. Puede recaer sobre bienes o una categoría de éstos que naturalmente están llamados a pertenecer a esta agrupación; o bien puede tratarse de una decisión artificial del legislador, es decir, se trata de bienes en que no se considera su estado natural, sino que son producto de una acción o de un hecho del hombre. Por eso, se habla de dominio público natural y de dominio público artificial".

A continuación, la sentencia en comento da las características de esta reserva legal, las que pasan a estudiarse. La primera de ellas es que la Magistratura constitucional estima que la *publicatio* es materia de ley ordinaria:

"La Constitución exige que la ley -ley común- deba declarar los bienes que lo conforman ('que la ley lo declare así', artículo 19 N° 23)".

Estimo que esta conclusión es errónea, pues la publicación de bienes debe hacerse por ley de quorum calificado. Si bien el inciso primero del artículo 19, número 23, de la Constitución no lo dice expresamente, puede deducirse ello del inciso segundo del mismo precepto. Este exige ley de quorum calificado para limitar o restringir la libertad adquisitiva, por lo que con más razón debe exigirse tal consenso democrático si lo que se quiere es privar de este derecho constitucional.

La segunda característica que señala el fallo es que la *publicatio* debe ser expresa:

"La incorporación de un bien al dominio público, entonces, no se presume, requiere de un acto expreso. 'El dominio público es un concepto jurídico. Depende de la ley. No hay bienes públicos por naturaleza, ni por derecho natural; es el Estado quien establece el carácter público de las cosas' (Marienhoff, Miguel; Tratado de Derecho Administrativo; T. V; Edit. Abeledo

Perrot; Buenos Aires, 1992; pág. 139). No obstante, en el caso de que la 'publicatio' recaiga sobre una categoría de bienes, eso lo puede hacer el legislador por un precepto general, de modo que los bienes respectivos, en la medida que cumplan las características físicas definidas, se entienden incluidos en él (ejemplo: una calle, una plaza), o convocar a la administración para que por un acto singular los incorpore. De ahí que la doctrina señale que la incorporación se puede hacer mediante indicación nominal o mediante indicación genérica (Marienhoff, M.; ob. cit.; pág 146)".

Estimo que en esta cita el Tribunal Constitucional confunde la determinación exigida a la *publicatio* por el constituyente, con las formas que esta puede revestir. Los bienes que se reserven al Estado deben ser determinados, lo que significa que la ley debe referirse a una precisa e inequívoca porción de la realidad. Esto se opone a la indeterminación y discrecionalidad que una norma puede contener. Pero siendo determinada la reserva, esta puede ser general o especial, expresa o tácita (como cuando la ley somete un bien al régimen demanial, pero sin expresar sacramentalmente que es de esta clase).

La tercera característica anotada por la sentencia es que la *publicatio* impone al Legislador un deber especial justificación, lo que resulta de ser un contenido constitucionalmente intervenido:

"En la 'publicatio, el legislador considera que ciertos bienes, por su trascendencia individual, quedan sometidos a un régimen jurídico especial de utilización y protección, que incluye su no apropiación. Dicha trascendencia es algo que califica el legislador. De acuerdo a la Constitución, ello implica justificar por qué un bien o un conjunto de bienes 'deben pertenecer a la Nación toda' y no quedar bajo régimen de libre apropiabilidad"

Este deber que se impone al Congreso Nacional consiste, por un lado, en que la *publicatio* se dicte en interés nacional. Por otro, la subsidiariedad demanda que la decisión de publicar sea racional, adecuada, necesaria y proporcional.

La cuarta característica que indica el fallo es el elemento teleológico que toda publicatio trae consigo. Mediante la reserva de bienes al Estado, se destinan estos a un fin público, el que prevalece sobre el interés privado:

“La reserva, a continuación, produce una vinculación real y permanente del bien afectado a una finalidad que el legislador define [...] Por la declaración de reserva, el legislador considera que ciertos bienes pueden ser mejor aprovechados incorporándolos al dominio público, logrando un uso y disfrute ordenado y socialmente beneficioso, que manteniéndolos en el sector privado. Por eso, puede afirmarse que la publicatio implica un mecanismo de máxima distribución de un bien, pues excluye cualquier apropiación privada. De ahí que, si el bien es entregado, por un título habilitante, a un particular, éste debe, como dice el artículo 24 de la Constitución, a propósito de la actividad minera, ‘desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento’. De este modo, ‘el interés público no se compone únicamente de las exigencias de salvaguardia de las dependencias demaniales y su afectación, sino también de las derivadas de su necesaria explotación racional, precisamente aquella que es capaz de extraer el máximo aprovechamiento posible dentro del respeto al bien y a su destino primordial’ (Menéndez, P.; ob. cit.; pág. 222). El interés público de la reserva implica, entonces, de un lado, salvaguardar el bien; para ello, a pesar de que se entregue el uso privativo del bien, la administración conserva potestades para asegurar la titularidad pública; del otro, implica salvaguardar la función pública expresada en el uso eficiente del bien. Para esto último la legislación vincula los derechos de uso o aprovechamiento a finalidades concretas o a condiciones o requisitos específicos, que no pueden ser modificados por los beneficiarios de los títulos habilitantes”.

En este pasaje citado destaca el sentido que se da artículo 19, número 24, de la Constitución, en la parte que obliga a la concesión minera a satisfacer el interés público que justificó su otorgamiento. Esta sería meramente una manifestación de un principio de alcance general sentado por el constituyente. Este consiste en que el

interés particular del titular de un uso privativo está sometido al interés público que justifica la demanialidad del bien sobre el que recae tal título. Al tener una extensión general, es una justificación para otras instituciones, como el cobro de patentes por no uso del agua otorgada mediante un derecho de aprovechamiento³⁶⁷.

La quinta y última característica de la *publicatio* es la necesaria relación instrumental que existe entre el bien y el régimen exorbitante al que se somete:

“La publicatio modifica el status del bien, sometiéndolo a normas de derecho público; los particulares no pueden alcanzar estos bienes conforme a los mecanismos del derecho privado. ‘La particularidad del dominio público radica en la singularidad de los fines a que cada bien concreto sirve. No se trata de que los fines a que los bienes demaniales están afectos posean una mayor relevancia objetiva que los bienes patrimoniales, cuestión ésta que sería siempre opinable, sino que la satisfacción de tales fines sólo puede conseguirse mediante la aplicación a los mismos de especiales reglas de uso (necesarias para asegurar la utilización común por todos los ciudadanos, como sucede con las calles) y de las técnicas de protección peculiares del dominio, como la intransferibilidad (para excluirlos del tráfico privado y evitar su desnaturalización). La destinación, pues, sólo tiene sentido en relación con el peculiar régimen jurídico del dominio público siendo el vehículo para la colocación de determinados bienes dentro de su ámbito de aplicación”.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional (rol 260-1997) se refiere a las características de la *publicatio* del agua. En esta causa, se promovió cuestión de constitucionalidad respecto de modificaciones que se pretendía introducir al Código de Aguas, en relación a los requisitos para adquirir originariamente el derecho de aprovechamiento de este recurso. La decisión de mayoría en este fallo llega, luego de un extenso análisis, a dos conclusiones. En primer lugar, que la *publicatio* del agua no se rige por el artículo 19, número 23, sino por el inciso final del artículo 19, número 24, ambos de la Constitución. En segundo lugar, a raíz de la anterior conclusión, el

³⁶⁷ Véase los artículos 129 bis 4° y siguientes del Código de Aguas.

procedimiento de constitución del derecho de aprovechamiento de aguas es materia de ley ordinaria. Siendo el artículo 19, número 24, de la Constitución el único aplicable directamente a la materia y no precisando el mismo la clase de ley que requiere, no cabe exigir que ella sea de quorum calificado. El voto de minoría de la Ministra Luz Bulnes Aldunate, en cambio, afirma que sí debía exigirse esta especie de ley. El proyecto limitaba la adquisición del derecho de aprovechamiento, al añadir requisitos formales a la solicitud. Por lo que, considerando ella aplicable el artículo 19, número 23, de la Constitución en esta materia, correspondía exigir que el Congreso Nacional aprobara el proyecto con este quorum calificado. No estoy de acuerdo con ninguno de los fundamentos, de mayoría y minoría, pero sí con el resultado del fallo. La ley común es la que regla la adquisición originaria del derecho de aprovechamiento de aguas, lo que se explica por lo siguiente. La Constitución no dirime si las aguas son públicas o privadas (lo que corresponde al Legislador), únicamente señala que el derecho de aprovechamiento que la ley cree en aguas publicadas, gozará de la garantía de la propiedad. Esto significa que el artículo 5 del Código de Aguas, al señalar que este recurso es un bien nacional, priva a los particulares de la libertad adquisitiva de ellas. La señalada decisión legislativa, por aplicación del artículo 19, número 23, de la Constitución es la que debe adoptarse con quorum calificado. El Estado no está obligado a otorgar títulos de uso privativo del agua, así podría -por ejemplo- asignarlas a un servicio fiscal, al cual tendría que adquirírsele el recurso por familias, agricultores, empresas y centrales hidroeléctricas. Siempre que se decida otorgar tales títulos de uso privativo, lo que se hace es crear una posición jurídica de la que antes carecía el particular. De manera que cuando se agregan, quitan o modifican requisitos del procedimiento para constituir derechos de agua, no se limita la libertad adquisitiva, sino que se está creando ella, al darle concreta configuración normativa. La exigencia de quorum calificado es solo para las restricciones, no para estas innovaciones, las que se ciñen a la ley común.

En la causa rol 1281-2008, el Tribunal Constitucional no solo caracteriza la publicatio, sino a la técnica misma del dominio público. Este fallo destaca tres cualidades de este, siendo la primera que mediante el demanio se excluye íntegramente el Derecho civil:

“El dominio público es ‘una técnica caracterizada ante todo por excluir del tráfico jurídico ciertos bienes o incluso géneros enteros de bienes en consideración a sus características físicas o naturales homogéneas. La técnica demanial supone, por consiguiente, el establecimiento de contornos negativos a la propiedad `privada, el acotamiento de espacios exentos al ejercicio del derecho de propiedad”.

En segundo lugar, la sentencia afirma que la técnica demanial es excepcional:

“Si bien puede admitirse que, en principio, cualquier tipo de bienes puede integrar el dominio público -inmuebles y muebles, materiales e inmateriales-, es necesario enseguida corregir dicha afirmación, por cuanto dicho planteamiento tan amplio no es permitido por la Constitución, siendo el dominio público un ámbito exento de propiedad privada, es necesario concluir que el reconocimiento constitucional de esta última es un claro límite al primero. Incluso más, la redacción del artículo 19 N° 23, que ampara el dominio público como una excepción a la libertad de adquirir toda clase de bienes, es un claro indicio de la preferencia del constituyente por la propiedad privada frente al dominio público”.

Estimo que esta conclusión es sólo parcialmente correcta, pues el Legislador tiene discreción para configurar el régimen de bienes en Chile. Sólo sucede que, por un lado, al ser un contenido constitucionalmente intervenido, deberá justificar su decisión, lo que ocurre cualquiera sea la opción que tome. Por otro, que el régimen demanial no se presume, por lo que, si no es precisa e inequívocamente establecido y debidamente justificado, deberá concluirse que rige el tráfico civil.

En tercer lugar y final, el fallo diferencia a los bienes nacionales de los fiscales, señalando:

“Los bienes nacionales de uso público son una excepción. La regla general es que los bienes puedan ser adquiridos por los privados o incluso por los órganos estatales. En este último caso, estamos frente a los bienes de dominio patrimonial del Estado o simplemente bienes fiscales. Estos forman parte del patrimonio de una persona administrativa (Fisco, servicios

públicos descentralizados, municipios, gobiernos regionales, etc.); se sujetan, en cuanto a su adquisición, administración o disposición, a las reglas del derecho privado, salvo regla expresa en contrario; son bienes que están en el comercio humano; y su uso pertenece no a todos los habitantes, sino al organismo que lo tenga como dueño o en uso previa destinación”.

En la sentencia rol 2433-2013, la Magistratura constitucional describe el régimen de los bienes públicos. Expresa que, a consecuencia de su inenajenabilidad, son inalienables, inembargables e imprescriptibles. Enseguida, señala detalladamente los preceptos del ordenamiento nacional de los cuales se obtienen estas cualidades:

“En consecuencia, no pueden ser objeto de apropiación por los particulares, de manera que su enajenación adolece de objeto ilícito (artículo 1464, numeral 1°, del Código Civil); ni puede adquirirse su dominio por prescripción, lo que se infiere del artículo 2498 de la mentada recopilación civil, que limita la posibilidad de ese instituto sólo a los ‘bienes corporales raíces o muebles que están en el comercio humano’. En lo que concierne a la inembargabilidad, menester es precisar que tal cualidad no está concretamente normada en la legislación común, como ocurre con las otras características del demanio. Pero sí es factible construirla a partir de ciertas disposiciones, tanto del Código Civil como del Código de Procedimiento Civil. Así, mientras el artículo 1618 del primero de estos cuerpos legales enumera los bienes del deudor que tienen carácter inembargable, sin contener referencia alguna a los bienes públicos, el artículo 445, numeral 17, del código procesal en lo civil menciona, como no embargables, ‘Los bienes destinados a un servicio que no pueda paralizarse sin perjuicio del tránsito o de la higiene pública, como los ferrocarriles, empresas de agua potable o desagüe de las ciudades’, etc., sin perjuicio de ser embargable ‘la renta líquida que produzcan’. Aun a falta de regla expresa, el principio de inembargabilidad también se nutre de la condición de extra commercium que singulariza a los bienes del demanio. Si el derecho de prenda general otorga a todo acreedor el derecho de perseguir la ejecución de la respectiva

obligación en todos los bienes raíces o muebles del deudor, con excepción de los no embargables como lo dice el artículo 2465 del código sustantivo, es evidente que tal ejecución no puede comprender a los bienes que, por su naturaleza o por expresa disposición legal, no pueden ser objeto de actos de disposición, cual es el caso de los bienes públicos. Carece entonces de sentido que la ley expresamente descienda a reiterar esta connotación”.

El fallo en comento discurre especialmente en el fundamento de la inembargabilidad de bienes públicos y fiscales. Explica que el mismo es un privilegio procesal, compatible con la Constitución siempre que sea proporcionado (*stricto sensu*) al fin que se tiene para otorgarlo, pues de lo contrario colisiona con el derecho a la tutela judicial efectiva. Precisaría esta opinión de la Judicatura constitucional, en el sentido que la inembargabilidad debe ser además razonable, adecuada y necesaria. Esto quiere decir que, al exigir proporcionalidad para otorgar este privilegio procesal, debe entenderse a ella como comprensiva de todos los criterios anotados. La sentencia termina pronunciándose sobre los motivos que, cumpliendo con esas exigencias, se han formulado para justificar la inembargabilidad:

*“[...] Dos han sido los argumentos más recurrentes a la hora de buscar un fundamento que permita justificar razonablemente el privilegio procesal que nos ocupa. Por una parte, el denominado **principio de legalidad presupuestaria**, en la medida que el embargo y remate supondría un gasto no previsto en el presupuesto o no sujeto al procedimiento establecido para su ejecución, con lo que se afectarían la estructura y ejecución presupuestarias. El segundo basamento se hace consistir en el **respeto al debido funcionamiento de los servicios públicos**, habida consideración de que los bienes y derechos de la Administración están vinculados al cumplimiento de ciertos fines específicos de ésta, como lo son ‘promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente’, como puntualiza el artículo 3°, inciso primero, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en armonía con el principio de servicialidad, consagrado en el*

inciso cuarto del artículo 1° de la Carta Fundamental. Este último es el argumento que la doctrina más autorizada se inclina a validar, si bien con algunas reservas” (énfasis añadido).

Los límites que se pone al fundamento de la continuidad del servicio público son dos. Por un lado, que los bienes deben estar efectivamente destinados a dicho servicio. El ejemplo que otorga la Magistratura constitucional, en que dicho requisito no se cumpliría, es el de las rentas de arrendamiento producidas por bienes de propiedad municipal. Por otro lado, que el acreedor del ente público no puede quedar en indefensión, lo que exige que haya mecanismos alternativos al embargo y posterior remate:

“Naturalmente, una cosa es procurar la defensa de la integridad del patrimonio público y otra, diversa, es dejar en la indefensión a los particulares que buscan legítimamente la satisfacción de sus créditos civiles, lo que podría ocurrir si la inembargabilidad se yergue en un principio absoluto, que no admite excepción de ninguna especie ni fórmula alternativa de ejecución sustitutiva. He aquí la reserva que plantea la doctrina, como condición de constitucionalidad del aludido instituto. Todo ello nos mueve a analizar cuáles son los medios alternativos que la legislación franquea en orden a hacer efectivo cumplimiento de las obligaciones patrimoniales del Estado o las Municipalidades, a trueque de la declaración de inembargabilidad de sus bienes, es decir, para compensar su exclusión de los procedimientos ejecutivos generales. Los mismos medios, por una parte, deben salvaguardar los derechos de los acreedores y, por el otro extremo, respetar las garantías constitucionales de los funcionarios públicos llamados a dar cumplimiento a esas obligaciones civiles del Estado, en cualquiera de sus formas”.

La sentencia en comento termina concluyendo que apremiar con arresto al Alcalde es un legítimo mecanismo alternativo al embargo. El razonamiento parte de estimar que cuando se condena a un ente público a una obligación de dar (pagar dinero), esta se transforma en una de hacer (dictar el decreto de pago). Ello no puede quedar al arbitrio

del Alcalde, pero la firma de él en tal decreto no puede ser suplida por el juez, ya que este último se estaría entrometiendo en otro poder del Estado. Si no hay disponibilidad presupuestaria, este funcionario municipal debe proponer trimestralmente los ajustes al presupuesto en vigor para evitar el déficit, de acuerdo al artículo 81 de LOC de Municipalidades³⁶⁸. Al no cumplir el Alcalde con dictar el decreto de pago, ni proponer los ajustes presupuestarios descritos para poder hacerlo, y no pudiendo el juez suplirlo en ello, sólo cabe apremiarlo con arresto, siendo por tanto legítima esta medida.

La sentencia dictada en la causa rol 1281-2008, ya tantas veces citada, también describe el uso común de los bienes nacionales:

“El uso común significa que corresponde en general a todos, aunque se haga individualmente. Dicho uso es anónimo, temporal y no requiere título alguno”.

A continuación, este fallo expresa los principios y limitaciones de este uso, en los siguientes términos:

“Eso explica que, por regla general, su uso se sujete a ciertos principios: igualdad (todos concurren al uso en las mismas condiciones), libertad (no hay más restricciones que las expresamente establecidas) y gratuidad (a fin de que todas las personas puedan acceder a estos bienes, por regla general no se cobra por su uso) [...] El mencionado uso común está sujeto a ciertas limitaciones: se debe respetar el destino del bien, de modo que no se cause daño que impida o menoscabe su uso; además, se debe respetar el uso que las otras personas hagan del bien; también se debe respetar la reglamentación que haga la autoridad. El uso común puede ser general o especial. En este último caso, a diferencia de lo que sucede con el uso común general, la autoridad puede establecer determinadas restricciones en atención a ciertas consideraciones como la peligrosidad o la intensidad en el uso”.

³⁶⁸ Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

De la cita hecha destaca la clasificación del uso común en general y especial. Una forma de ejemplificar esta diferenciación es mediante las calles y caminos. Constituye un uso común y general aquel hecho por los peatones, mientras que, siendo común, es también especial el de los conductores. Esto último se debe a que los vehículos que ellos manejan son una fuente de peligro, lo que justifica normar intensamente el tránsito que con ellos se haga. Esta distinción entre usos comunes generales y especiales sirve para justificar cuando el principio de libertad en el uso puede ser legítimamente restringido. Aquello que puede criticarse del fallo en comento es que entiende únicamente por uso de los bienes nacionales al directa e inmediatamente hecho por los habitantes. Este entendimiento se explica porque, como se advirtió antes, la Judicatura constitucional equipara los bienes nacionales previstos en la carta magna sólo a los contemplados en el artículo 589 del Código Civil. El dominio público hoy tiene una apertura de fines público, por lo que las formas en que puede usarse para cumplir ese cometido son igualmente variadas. Las existentes hoy, además del uso directo, son la adscripción al servicio (siempre que lo destinado sea en régimen demanial), el fomento nacional mediante el otorgamiento de títulos de uso privativo o la empresa pública (cuando el insumo esencial de la actividad que desarrollará se reserva a esta, sea que pueda o no utilizar la colaboración de los particulares para desarrollar su giro).

En otro caso (rol 1.869-2019), el voto de minoría de los Ministros Raúl Bertelsen Repeto y Carlos Carmona Santander expresó:

“El legislador no puede ser cuestionado, en consecuencia, por definir el uso o goce privativo de los bienes. De lo contrario, habría sólo el uso general, y no cabría ningún tipo de concesiones y permisos”.

Si bien el considerando transcrito no es parte del voto de mayoría, estimo que *prima facie* puede estimarse correcto. Sin embargo, no debe olvidarse que la decisión legislativa de publicar un bien se da por un fin público, lo que definirá la forma de uso más apropiada para lograrlo. Tratándose de calles y caminos, siendo el cometido del régimen demanial de ellas transitarlos, el uso apropiado de estas es el común. Por lo tanto, los títulos que habilitan usarlos privativamente son una limitación al cometido

mismo que el Legislador tuvo en mente al someter esas cosas al régimen demanial. Así lo señala el voto de mayoría al afirmar:

“El uso privativo implica necesariamente una restricción a la libertad de desplazamiento, pues las personas no pueden usar o gozar dicho bien, que ha sido entregado de modo exclusivo a una persona”.

En la sentencia rol 1863-2010, el Tribunal Constitucional siguió este razonamiento:

“La ocupación de una porción de un bien nacional de uso público, que tienen ciertas empresas, emana de un permiso otorgado por la autoridad. Dicho permiso sustrae del uso común un bien que podrían utilizar todos. El permiso es, en sí, una limitación”.

En consecuencia, el Legislador es en principio libre para determinar el uso más apropiado al fin público que persiguió al reservar la cosa al Estado. También lo es para contemplar excepciones a esa opción original, como ocurre con los usos privativos sobre bienes nacionales de uso público. Pero tal como para adoptar la decisión principal (uso común) puede ser controlado en su justificación, con más razón puede serlo al establecer excepciones (usos privativos). El razonamiento que en cualquiera de estas materias emplee el Congreso Nacional debe ser racional, adecuado, necesario y proporcional al fin que adujo en la *publicatio*.

Otro fallo (rol 1281-2008), ya tantas veces comentado, discurre sobre la utilidad de los usos privativos a propósito del título concesional:

“Las concesiones de dominio público se justifican o fundamentan por permitir hacer efectivas unas utilidades más provechosas del demanio que el uso común general. Al crear una concesión demanial, y al fijar sus condiciones y requisitos, el legislador y la administración concedente reconocen que dicho uso exclusivo y uso excluyente sobre el dominio público redundan en un más productivo y racional aprovechamiento del dominio público. La concesión ‘crea una situación jurídica compleja que viene conformada por un haz de derechos y obligaciones, deberes o cargas perfectamente definidas. Tal delimitación persigue sujetar los aprovechamientos y ocupaciones individuales a las superiores exigencias

de aquella función y, en general, de los intereses públicos' (Menéndez, Pablo; ob. cit.; pág. 249)".

La misma sentencia recién citada define a la concesión de uso del dominio público en la siguiente forma:

"La concesión de dominio público es 'un título jurídico en virtud del cual los particulares adquieren derechos de ocupación exclusiva y excluyente sobre un bien de dominio público, respetando la titularidad pública respectiva y asegurando el estatuto normativo propio del bien en cuestión (inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad y demás atributos)".

A continuación, el fallo señala tres características de estas concesiones. En primer lugar, crea derechos *ex novo*, pues antes de su otorgamiento no existe el título y sólo desde ese instante puede este apropiarse. Ello hace que la adquisición administrativa por el titular sea originaria. En segundo lugar, son derechos reales, porque recaen sobre una cosa y son oponibles a terceros, incluido el Estado. No obstante, pueden ser precarios, si el régimen del título de uso privativo contempla que la Administración pueda revocarlo en cualquier tiempo. En tercer lugar, son derechos patrimoniales, lo que trae dos consecuencias. Por un lado, cuentan con la garantía de la propiedad (motivo por el cual, si el sistema jurídico admite que sean terminadas anticipadamente, deberá indemnizarse al concesionario) y, por otro, salvo que el régimen de tal título lo excluya, la concesión puede ser objeto de relaciones jurídicas (por ejemplo, transferirse o transmitirse). La última característica consiste en que son derechos reales administrativos, cualidad que la sentencia en estudio explica con magistrales palabras:

"Estos derechos son derechos reales administrativos, pues no se rigen por las normas del derecho privado. Estos derechos reconocen que el dominio público está fuera del tráfico jurídico. Por ello, genera un comercio jurídico público. 'No es posible constituir derechos reales privados sobre bienes de dominio público; pero ninguna razón impide la constitución de unos derechos reales administrativos -sometidos a un régimen especial y que

respetan la afectación del dominio público- (González Pérez; Jesús; Los derechos reales administrativos; Edit. Civitas; Madrid, 1989; pág. 22)”.

Finalmente, el mentado fallo de la causa rol 1281-2008 explica el conjunto de facultades que otorga la concesión de dominio público. En primer lugar, el derecho de usar el bien público. En segundo lugar, el de gozar del mismo, lo que permite al concesionario apropiarse de lo que este produzca. Por último, dos eventuales especies de facultades, las que describe la sentencia en estos términos:

“En algunas ocasiones, otorga el derecho de consumir el bien (por ejemplo, el derecho consuntivo en las aguas, que permite a su titular consumir totalmente el agua en cualquier actividad, sin obligación de restitución); y el de comercio jurídico, que permite al titular incorporar este derecho al tráfico jurídico, bajo ciertas restricciones (González, J.; ob. cit.; págs. 40 y siguientes)”.

Otro aspecto que trata la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es el uso que de los bienes nacionales hacen los concesionarios de servicios públicos. En la causa rol 1863-2010, un concesionario eléctrico reclamaba la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una facultad de la Dirección de Vialidad. La ley permitía a este ente, como administrador de las fajas de caminos públicos, ordenar el traslado de las instalaciones que particulares tengan en ellas (uso privativo). Las prevenciones de los Ministros Raúl Bertelsen Repeto, Marcelo Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán (quienes concurrieron al fallo de mayoría) señalaron que:

“También, en ocasiones, es la propia ley la que concede directamente ese derecho [usar bienes públicos], tratándose en dichos casos de un verdadero derecho legal de uso, pues el uso del bien público lo permite directa e inmediatamente una norma legal expresa”.

Si bien es sólo una prevención, las palabras usadas resultan correctas y de enorme claridad. Los usos privativos tienen siempre origen mediato en la ley, quién los contempla como parte del régimen del dominio público. Pero el origen inmediato del mismo, si bien normalmente es el acto administrativo que lo otorga, también puede

serlo la ley misma. Sin embargo, este mismo voto de minoría descarta que por su origen legal pueda eximirse del control de quién tiene a su cargo el bien nacional:

“Que sea la ley la que otorga directamente este derecho de uso al concesionario, si bien le confiere mayor estabilidad y firmeza que un simple permiso o un contrato de concesión, no significa que se trate de un derecho puro y simple que pueda ejercitarse libremente. Nada ha impedido al legislador imponer, por razones derivadas del bien común y amparadas por la función social de la propiedad, determinada en este caso especialmente por necesidades de utilidad pública, condiciones, modalidades u otras obligaciones o cargas asociadas a su ejercicio, aún más tratándose de un derecho que implica autorizar a un particular a utilizar bienes públicos en su provecho, gratuitamente en el caso del requirente, frente a la alternativa de verse obligado a enfrentar los costos de establecer una servidumbre para el tendido de sus redes eléctricas”.

En la causa rol 1669-2010, otro concesionario eléctrico reclamó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la facultad de las Municipalidades para reglar el soterramiento de sus redes por una ordenanza. El Tribunal Constitucional resolvió rechazar esta pretensión, fundado en el ya descrito criterio de que el derecho legal de uso no exime de las normas que dicte quién administra el bien nacional. La precisión con que se desarrolló este argumento obliga a citarlo *in extenso*:

“Entender que la concesión es suficiente para usar estos bienes [nacionales de uso público] implica, por una parte, invadir el ámbito competencia que la Constitución le otorga al municipio, en cuanto a que por ‘satisfacer las necesidades de la comunidad local’ y por ‘asegurar su participación en el proceso económico, social y cultural de la comuna’ (artículo 118), se faculta a la ley orgánica respectiva para que determine ‘las funciones y atribuciones de las municipalidades’, siendo ésta la que le confiere la función de administrar los bienes nacionales de uso público. Por la otra, implica un retroceso en torno al mandato de que la administración del Estado, del cual forman parte el Ministerio de Energía y la

Superintendencia, sea funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada, establecido en el artículo 3° de la Constitución. El concesionario es dueño de sus redes. Pero estas redes se encuentran en bienes nacionales de uso público. Estos no son de propiedad del concesionario. La concesión le permite usarlos; pero sujeto, entre otras regulaciones, a la normativa que cada municipio establezca, como consecuencia de que se encarga a ellos su administración. [...] Las redes están ubicadas en un bien que pertenece a la nación toda. Así como el concesionario puede disponer libremente de sus postes y líneas, sujeto a ciertas condiciones, como no entorpecer la continuidad del servicio (artículo 131), no cortar o podar árboles (artículo 222), permitir el uso de sus postes, torres y otras instalaciones (artículo 52), el municipio puede disponer, sujeto a ciertas condiciones, sobre la manera de usar privativamente todo o parte de un bien nacional de uso público. Los bienes nacionales de uso público pueden ser utilizados para tendidos eléctricos. Pero su finalidad principal es otra. Estos constituyen los espacios comunes de la ciudad. Son los lugares por los que las personas se desplazan; son los sitios en que las personas se encuentran, conviven, se esparcen, se abastecen. Esa es la finalidad principal de estos bienes. Por lo tanto, el bien jurídico que un municipio debe cautelar al momento de administrarlos, no es que se utilicen para redes eléctricas, finalidad accesoria y subordinada, sino que puedan ser utilizados, sin dificultades y con seguridad, por todas las personas. Más todavía si el uso privativo de un bien nacional de uso público, como es el uso para instalaciones eléctricas, es un uso exclusivo de un bien de todos. Es, en este sentido, excepcional”.

La doctrina expuesta en los fallos anteriores (Rol 1863-2010 y 1669-2010) puede sintetizarse como sigue. Si bien el derecho legal de uso puede librar al particular de obtener permiso para instalarse en bienes nacionales (lo que no es obligatorio sea así), en ningún caso lo exime de hacer tal uso según las reglas que fije el órgano público a cargo de administrar ese bien nacional. La razón es que los intereses públicos involucrados deben armonizarse y esto no puede quedar entregado al

concesionario, que es un particular. Esa función compete a la autoridad, siendo tal la que debe prestar el bien a cargo para que sirva a fines ajenos al servicio que debe proveer.

En relación a la función de la Administración del Estado respecto del dominio público, la sentencia rol 1281-2008 señaló:

“Estos bienes son entregados para administración, es decir, para su tuición, conservación y cuidado, a distintas autoridades, según estemos frente al dominio público marítimo, fluvial, terrestre, aéreo. Pero estas autoridades no pueden disponer de ellos; sólo pueden entregarlos en uso privativo a particulares mediante un título habilitante”.

Otro fallo (Rol 3958-2017) permitió al Tribunal Constitucional abordar un aspecto particular de la gestión estatal de los bienes públicos: la ‘*tutela administrativa*’ de ellos. En esta causa, se sometió a control obligatorio de constitucionalidad un proyecto de ley que modificaba el Código de Aguas. Entre otras propuestas, contemplaba facultar al Director General de Aguas para auxiliarse directamente por la fuerza pública en el cumplimiento de sus resoluciones. Por ejemplo, hasta la reforma propuesta, si un particular ilegalmente ocupaba un cauce natural o realizaba obras en él, se debía acudir al juez para obtener el desalojo o paralización. El proyecto proponía eliminar ese control judicial, por lo que el Director General de Aguas podía derechamente ordenar a la fuerza pública llevar a cabo el desalojo o paralización. El fallo de mayoría estimó inconstitucional otorgar esta atribución al mentado funcionario. Razonó que correspondía a los jueces determinar si la ocupación era ilegal o si las obras causaban perjuicio, como para disponer el desalojo o paralización. Además, estimó que sólo el Poder Judicial podía ordenar a la fuerza pública tomar medidas coactivas contra la población. Considero que estos fundamentos son errados, por los mismos motivos que apunta el voto de minoría de los Ministros Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza. En primer lugar, porque del artículo 76 de la Constitución no puede concluirse el monopolio de los tribunales para ordenar el auxilio de la fuerza pública. El razonamiento de este voto de minoría es sumamente preciso en este punto, por lo que se citará *in extenso*:

“Este establece que los tribunales pueden impartir órdenes directas a la fuerza pública; esta debe sin más trámite cumplir el mandato sin que pueda calificar su fundamento, como tampoco la oportunidad, la justicia o la legalidad de las resoluciones que se trata de ejecutar. En ninguna parte de dicho precepto se establece el monopolio por los tribunales de disponer el auxilio de las fuerzas de orden y seguridad. Enseguida, el orden público es una función que le compete al Presidente de la República y que se enmarca dentro de su función de gobierno (artículo 24 de la Constitución). Las fuerzas de orden y seguridad pública dependen directamente del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública (artículo 101 de la Constitución; artículo 1°, Ley N° 20.502; artículo 1° Ley N° 18.961). Su función es ‘dar eficacia al derecho’ y ‘garantizar el orden público’ (artículo 101). Por lo mismo, su inserción dentro de las funciones del Presidente son evidentes. [...] A continuación, de acuerdo al artículo 4° de la Ley Orgánica de Carabineros, estos pueden recibir órdenes de las autoridades judiciales y del Ministerio Público. Pero también de las autoridades administrativas. Sólo que estas órdenes deben emanar de autoridades competentes, en algunos casos puede exigirse la orden por escrito y nunca puede proceder respecto de asuntos que están sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia o que estén siendo investigados por el Ministerio Público. Dicha normativa fue considerada ajustada a la Constitución por esta Magistratura”.

En seguro lugar, el voto de minoría disiente correctamente del fallo en comentario basado en que los actos de la Administración deben ser motivados. Por lo que, si la ocupación o labores son arbitrariamente tenidos por ilegales o perjudiciales, siempre podrá el afectado recurrir a la acción de protección.

En tercer lugar, el voto de minoría recurre al régimen exorbitante del dominio público para disentir del fallo en comentario. Afirma en este sentido:

“Que, asimismo, la protección que realiza la Dirección General de Aguas es sobre los cauces naturales. Este suelo, de conformidad al artículo 30 del Código de Aguas, es de dominio público. Como tal, no pueden hacerse

obras o labores en ellos (artículo 32). Lo anterior es importante, porque los bienes nacionales de uso público tienen un régimen jurídico especial que evita distintos riesgos. Entre otros, el de usurpación. Esta protección busca conservar dicho dominio, con las consiguientes obligaciones para la administración de su cuidado y de evitar el uso por ocupantes sin títulos. Como ha dicho esta Magistratura, es en virtud de esta protección que la administración puede recurrir a la acción forzada ella misma, sin recurso previo ante el juez, respecto de ocupantes sin título. Dicho mecanismo, ha agregado, es lo que se conoce como coacción administrativa directa, que permite poner término a situación de hecho o proteger los bienes que administra o que sean de su patrimonio (STC Rol 2069/2012)”.

Un ejemplo de autoridad que puede tutelar administrativamente los bienes nacionales es el Gobernador provincial. El artículo 4, letra h), de la LOC de Gobierno y Administración Regional³⁶⁹, señala que, por tener la vigilancia de esta especie de bienes, podrá disponer directamente su restitución. Por ejemplo, si una plaza pública es ocupada ilegalmente, el Gobernador provincial puede impartir instrucciones a la fuerza pública para el desalojo, restituyéndola a la Municipalidad que la administra. Una vez la modificación a la LOC de Gobierno y Administración Regional³⁷⁰ por la Ley N° 21.073 entre en vigencia, esta facultad pasará al Delegado presidencial provincial. Cabe advertir que, si bien abstractamente el órgano a cargo del cuidado de una dependencia demanial podría tutelarlos administrativamente, esta no ha sido la tendencia en el Derecho nacional, pero tampoco lo es que tal ente público deba recabar el auxilio del Poder Judicial. Aquello que normalmente ocurre es que la Ley dispone que quién tiene a cargo el bien nacional, deberá recurrir al Intendente o Gobernador para que disponga el desalojo y, una vez que entre en vigor la Ley N° 21.073, al Delegado presidencial provincial. Ejemplo de ello son los artículos 21, letra g), y 125, del Reglamento sobre Concesiones Marítimas³⁷¹, por los cuales la Autoridad marítima (Capitán de Puerto) deberá recurrir al representante del Poder Ejecutivo en

³⁶⁹ Ley N° 19.175 Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.

³⁷⁰ Ley N° 19.175 Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.

³⁷¹ D.S. N° 9 de 2018 de Defensa, Reglamento sobre Concesiones Marítimas

la Región o Provincia para que se le restituya el bien público a su cargo (por ejemplo, el borde costero). Otro caso corresponde al Director de Vialidad, quién debe recabar del Intendente o Gobernador respectivo el auxilio de la fuerza pública para cumplir sus resoluciones (como un desalojo de la faja de caminos públicos), de acuerdo al artículo 29, N° 2, de la Ley de Caminos³⁷². En lo que respecta al Código de Aguas, la Ley N° 21.064 finalmente lo modificó en el año 2018, permitiendo al Director General de Aguas recabar el auxilio de la fuerza pública por medio del Intendente o Gobernador. En conclusión, ningún precepto constitucional impide que a un órgano a cargo de un bien nacional se le otorgue la atribución de tutelarlos administrativamente. No obstante, la opción del ordenamiento nacional -en general- es entregarla a los representantes del Gobierno Central en la región o provincia. El motivo es que estos se encuentran subordinados al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del cual dependen constitucionalmente las fuerzas de orden. Por lo que otorgarlas a ellos, en lugar de a otros organismos (como el Director General de Aguas que depende del Ministerio de Obras Públicas), se estima más apropiado, lo que es sólo una opción de la política legislativa.

Un último aspecto a mencionar sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es el acceso a las playas. Siendo bienes nacionales, el inciso primero del artículo 13 del D.L. 1.939 dispone que:

“Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto”.

El inciso segundo del precepto citado encarga al Intendente fijar el acceso, señalándole el procedimiento que para ello debe seguir. A fin de poner en ejecución esto, se dictó el D.S. N° 1 de 1996 de Bienes Nacionales, el que fue objeto de cuestiones de constitucionalidad promovida por parlamentarios. El Tribunal Constitucional, en la sentencia roles 245 y 246 (acumuladas) del año 1996, declaró que la totalidad de este decreto supremo era contrario a la Constitución. El fundamento

³⁷² El D.F.L. N° 50 de Obras Públicas, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley del Ministerio de Obras Públicas (Ley N° 15.840) y la Ley de Caminos (D.F.L. N° 206 de 1960 de Obras Públicas).

de esto, que se transcribe a continuación, es que imponer tales servidumbres es una privación parcial del dominio, sin que haya indemnización:

“Del examen del decreto se advierte que en los terrenos de los propietarios colindantes a los bienes nacionales de uso público la autoridad fijará los deslindes, dimensiones y superficie de la vía, lo que evidentemente causará un daño, pues se trataría de una limitación al dominio que consistiría en una servidumbre de tránsito, tanto para peatones como para vehículos, sin pago de indemnización alguna. Al no establecer el Decreto cómo se puede hacer uso de la vía de acceso, ello puede permitir un tránsito peatonal y de vehículos y obligará a dichos propietarios colindantes a adoptar una serie de medidas que no hay duda que causarán daño y además, si bien no les priva del dominio del terreno de la vía de acceso, se les limitan las facultades de uso y de goce de tal forma que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio. En este caso no hay privación total del uso y goce pero sí una limitación que hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que en la especie causa daño y que éste debe ser indemnizado”.

Años después, el Tribunal Constitucional conoció de la causa rol 1.141-2008. Se impuso a un propietario riberano el acceso a una playa por intermedio de su predio, reclamando este contra la legalidad de ese acto. A fin de que no surtiera efecto en el juicio pendiente, solicitó a la Magistratura constitucional declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13 del D.L. 1.939, que servía de fundamento a tal acto. El fallo dictado, que desecha el recurso, concluyó que no era una privación, sino una limitación y analizó si era o no legítima:

“Que los propietarios de terrenos colindantes con playas de lagos deberán facilitar el acceso a éstos para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto, constituye no sólo un medio idóneo para garantizar el acceso y con ello el efectivo uso público de los bienes nacionales de esa naturaleza, sino que puede afirmarse que es un medio

necesario del que se vale el legislador para que un bien nacional sea efectivamente de uso público”.

No obstante, el Tribunal Constitucional expresó que esa conclusión era sin perjuicio de que el acceso fuera o no gratuito. El empleo de esta última palabra en el artículo 13 del D.L. 1.939 no podía tenerse, en concepto de ese juzgador, como excluyente del resarcimiento al propietario riberano. Señaló que el sentido que podía dársele a la expresión es que este último no podía cobrar una especie de peaje a quienes transitaran por su predio para llegar a las playas. Enseguida, agregó que no se pronunciaría sobre si ese acceso originaba o no indemnización para el particular, pues no era determinante para la resolución del juicio pendiente. Ello se debía a que en él se discutía la validez de un acto administrativo y no la procedencia de resarcir las consecuencias de este en caso de quedar firme en sus efectos jurídicos.

Por tanto, no existe una clara jurisprudencia constitucional sobre la materia. En las causas roles 245 y 246 del año 1996 se estimó eran privaciones parciales y, por tanto, originan indemnización; en cambio, en la causa rol 1.141-2008 las consideró limitaciones. Si bien estas últimas no son indemnizables de acuerdo a la Constitución (que sólo la contempla en las privaciones), el fallo deja abierta la posibilidad que lo sean en este asunto.

Estimo que el acceso a las playas, si bien es legítimo imponerlo, debe ser resarcido por el Estado al propietario riberano. Esta carga es en realidad una servidumbre de tránsito, la que se concibe como un desmembramiento del dominio privado. Por lo que se está cercenando atributos y facultades esenciales sobre una porción de la cosa objeto de propiedad. Es de toda lógica que, si el Fisco debe expropiar el terreno privado para construir una calle o camino, también lo haga cuando el tránsito por estas últimas sea para dirigirse a un destino determinado (la playa). Existe en el Derecho chileno una situación con resultados iguales al descrito para el acceso al litoral. Ejecutando distintos preceptos de la Ley General de Urbanismo y Construcciones³⁷³ y de la Ley de Copropiedad Inmobiliaria³⁷⁴, el artículo 2.2.4 de la Ordenanza General

³⁷³ D.F.L. N° 458 de 1976 de Vivienda y Urbanismo, , Ley General de Urbanismo y Construcciones.

³⁷⁴ Ley N° 19.537 sobre Copropiedad Inmobiliaria.

de Urbanismo y Construcciones³⁷⁵ describe tres hipótesis en que el propietario debe ceder gratuitamente al Estado o la Municipalidad parte de la superficie de su terreno. En primer lugar, cuando el predio sea loteado, es decir, dividido abriendo nuevas calles. En este caso deberá ceder estas vías y las superficies destinadas a áreas verdes y equipamiento que obligatoriamente debe contemplar. En segundo y tercer lugar, si se construye un condominio o se hace una subdivisión simple (sin abrir nuevas calles). En dichos eventos tiene que ceder sólo las áreas declaradas de utilidad pública en los planes reguladores, para ensanche de vías públicas existente o áreas verdes. Estas situaciones coinciden con el acceso a las playas en que el propietario resulta privado de parte de la superficie predial. Sin embargo, estimo que las tres situaciones previstas en el Derecho urbanístico no constituyen privaciones, sino meras limitaciones y no obligan a resarcir. En estos casos, es el propietario quién tiene la alternativa de ejecutar o no esa clase específica de proyecto inmobiliario, mientras que la fijación del acceso litoral se le impone. Además, en las situaciones descritas, se coordina el interés privado con el público. El fin de estas limitaciones urbanísticas es que el dueño internalice el impacto que perseguir su propio provecho tiene en la comunidad (externalidad negativa). Cuando se aumenta la densificación horizontal o vertical de la población en un barrio, se hace necesario aumentar la provisión de bienes y servicios públicos (calles, colegios, hospitales, etc.). La manera en que se hace que el particular asuma este coste social que causa su provecho particular es teniendo la carga de ceder esos espacios al dominio nacional o municipal. En cambio, la imposición de un acceso a las playas no coordina intereses, sino que derechamente somete el interés privado al disfrute público de un bien. La igualdad en las cargas públicas (artículo 19, número 22, de la Constitución) exige que no sea una sola persona, sino todas ellas (la Nación) quienes se sacrifiquen para obtener un provecho común.

³⁷⁵ D.S. N° 47 de 1992 de Vivienda y Urbanismo.

b. La jurisprudencia judicial.

Las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones) pueden agruparse en dos grandes especies. Por un lado, las que -previo a resolver el asunto sometido a su conocimiento- estudian latamente la teoría general del dominio público. Por otro, aquellas que -sin ahondar en esta teoría, pero presuponiendo sus conocimientos-, la aplican directamente a la solución del conflicto.

En el primer grupo se encuentra una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco (rol 104-2015, Apelación civil). Este juicio principia en el 3° Juzgado Civil de Temuco (C-1648-2012), en que una parte (y no toda) la sucesión Bersezio Carle reivindica al Fisco de Chile la plaza Dréves³⁷⁶. El Consejo de Defensa del Estado opone la excepción de falta de legitimidad pasiva, al estimar que la acción debía dirigirse contra la Municipalidad de Temuco, por ser ella quién administra tal plaza a nombre de la Nación. El fallo de primera instancia rechaza esta defensa y acoge el libelo, el cual es recurrido por el demandado mediante casación en la forma y apelación. El Tribunal de Alzada rechaza el primer medio de impugnación y acoge el segundo, admitiendo la falta de legitimación pasiva y desestimando de esa manera la reivindicación. Los actores impugnan la sentencia de segunda instancia mediante recursos de casación en la forma y en el fondo. La Corte Suprema (rol 3763-2016, Casación civil), una vez excluida la nulidad formal del fallo de segunda instancia, entra a conocer el fondo y concluye que no debió admitirse la excepción en comento. Pese a ello, mantiene firme lo resuelto, por intrascendencia de los vicios alegados, pues correspondía igualmente rechazar la acción al no intentarse por todos los herederos. Estos fallos son relevantes porque las conclusiones a que llegó la Corte de Apelaciones de Temuco resultan de un extenso estudio de los bienes nacionales. El mismo fue implícitamente recogido por la Corte Suprema, salvo en un punto que la condujo a desestimar la alegación de falta de legitimidad pasiva.

³⁷⁶ La plaza Dréves se encuentra en la ciudad de Temuco y ocupa la totalidad de la manzana encerrada en las calles Bernardo O'Higgins (norte), León Gallo (sur), San Guillermo (oriente) y San Ernesto (poniente) de esa localidad.

En su sentencia, la Corte de Apelaciones de Temuco recoge la definición legal de bienes nacionales y añade:

“Los bienes nacionales de uso público integran, lo que doctrinariamente se denomina "dominio público", se rigen por las normas del derecho administrativo, a diferencia de los bienes que conforman el dominio privado del Estado, que se rigen primariamente por las normas del derecho privado. [...] Que, no obstante, la expresión "dominio público" que se emplea para graficar la relación del Estado con estos bienes, la misma no describe una situación equivalente a la del ámbito privado. Con todo, existen diversas visiones que tratan de explicar esta relación, algunas que se acercan más a la concepción privada y otras más modernas que se alejan de esta”.

A continuación, el Tribunal de Alzada estudia latamente las concepciones doctrinarias sobre el dominio público. Concluye que, cualquiera sea la naturaleza de este en Chile, no puede determinarse la titularidad del bien nacional usando normas civiles, sino de Derecho administrativo:

“En principio, debe asumirse que es tal el Estado, en el sentido más amplio del concepto (un sector minoritario plantea que es el pueblo ya que el Estado se conformaría por el pueblo y por el territorio), lo que implica que no hay un único titular, sino que son tales todas aquellas personas jurídicas administrativas, a través de las cuales el Estado actúa, y a quien el ordenamiento jurídico entregó la administración de un bien de uso público (dominio eminente o de soberanía), dotó de facultades de intervención (doctrina funcionalista), por haber afectado el mismo al cumplimiento del fin de servicio público cuya satisfacción ha sido encomendada al órgano (doctrina patrimonialista) o por tener el deber de su mantenimiento (prestación asistencial objetivada). En esta lógica Miguel Marienhoff, nos señala que los "que consideran al Estado como sujeto de dominio público, no tienen inconveniente alguno en aceptar a las entidades autárquicas como sujetos posibles de bienes dominicales. Sólo disienten entre ellos respecto a si cualquier tipo de entidad autárquica puede ser titular de esos

bienes, pues mientras unos autores sólo consideran que las entidades autárquicas "territoriales" puedan tener esa calidad, otros juzgan que también pueden ser sujetos de bienes públicos las entidades autárquicas "institucionales" (Miguel Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Editorial Abeledo Perrot. Argentina Año. 2011)".

Por esta doctrina, la Corte de Temuco estima que el Consejo de Defensa del Estado no es legitimado pasivo en un juicio sobre reivindicación de una plaza. Este sólo tendría tal calidad cuando la defensa judicial del bien nacional no haya sido encargada por ley a otro ente público. La LOC de Municipalidades³⁷⁷ encarga a estas la gestión de los bienes aludidos, de lo que concluye el sentenciador:

"La potestad de administrar comprende la facultad de defender judicialmente los bienes cuya administración se encomiendan, cuando el administrador es un ente con capacidad de litigación judicial ya que ello es propio del rol conservativo que cabe al administrador [...] al Consejo de Defensa del Estado, no le cabe la defensa, cuando se trata de bienes nacionales de uso público administrados por los Municipios, ya que dicha atribución es potestativa de la entidad edilicia".

El fallo termina precisando la naturaleza de la legitimidad pasiva de la Municipalidad en un juicio en que se reivindica un bien nacional. No tiene esta calidad en cuanto órgano autónomo, sino como representante del Estado de Chile (entidad superior al Fisco):

"La demanda de autos, como se aprecia a fs. 71 vta., se interpone en contra del Consejo del Defensa del Estado en su condición de representante del "FISCO DE CHILE", y no contra el "ESTADO DE CHILE", distinción que no es meramente conceptual, ya que en ambos casos hablamos de realidades jurídicas diversas. El Fisco de Chile es dueño de los bienes Fiscales, en cambio el Estado, en el sentido más amplio del concepto, es el titular de los bienes nacionales de uso público [...] Por ende, si el actor estimaba que la defensa de los bienes nacionales administrados por las municipalidades

³⁷⁷ Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

cabía al Consejo de Defensa del Estado, y no al Municipio que lo administra, para ser emplazado válidamente el Consejo de Defensa del Estado en los juicios que afecten a bienes nacionales de uso público, cuando la defensa de estos bienes no corresponda a otros organismos, debía ser demandado como representante del Estado y no del Fisco de Chile. Al no hacerlo de esta forma, el actor también torna en inepta su demanda y transforma al Consejo de Defensa del Estado en un legitimado pasivo no válido”.

En el fallo de casación en el fondo, la Corte Suprema discrepa de las conclusiones de la Corte de Temuco, por lo siguiente:

“Tal aserto encierra un error de derecho, toda vez que si bien efectivamente la Plaza Dréves de la ciudad de Temuco es administrada por el ente edilicio en la creencia que éste es un bien nacional de uso público, ello no determina que necesariamente deba emplazarse a tal órgano en el juicio reivindicatorio, pues tal administración no transforma la naturaleza del bien. En efecto, no se trata de un bien municipal, caso en que evidentemente debe ser emplazado el ente edilicio en su calidad de poseedor no dueño; empero, no ocurre lo mismo en el caso de los bienes nacionales de uso público, pues respecto de aquellos la Municipalidad solo tiene su administración, conservando su tuición superior el Ministerio de Bienes Nacionales, órgano que pertenece a la administración centralizada del Estado. En este mismo orden de ideas, cabe destacar que la calidad de administradora no puede de modo alguno igualarse a la calidad de poseedor no dueño, pues en último caso, este administrador no posee jamás para sí mismo, sino que lo hace en representación de todos los habitantes de la República que tienen derecho al uso de tal bien. Lo anterior es relevante, toda vez que atendida la naturaleza de la acción reivindicatoria, quien efectivamente debió ser emplazado es el Consejo de Defensa del Estado”.

Estoy en desacuerdo con la doctrina sostenida por el máximo tribunal de la República. El titular del dominio público es la Nación, pues a ella corresponde la utilidad que estos reportan. La función de gestionar esos intereses demaniales corresponde al Estado, el que se diferencia del Fisco. Este último es la personificación jurídica que tienen los órganos centralizados 'dentro' del Estado, conformándose este último además por los entes descentralizados y autónomos. No se predica que, por ejemplo, el Banco Central no sea parte del Estado, sino que este no integra el Fisco. Existe una relación instrumental entre el Estado y las personificaciones públicas creados para cumplir los fines del primero. Esta vinculación es compleja en el dominio público, pues la tuición de este la tiene el Ministerio de Bienes Nacionales, pero el cuidado compete a las Municipalidades o al otro órgano que la ley señale. Cualquiera que sea el ente público, los bienes nacionales son tenidos en nombre de la Nación. Sin embargo, en la tenencia por otro, hay que distinguir si es a título de órgano, de representante o de mero tenedor. Las personas jurídicas, a diferencia de las naturales, carecen de sustrato físico, motivo por el que actúan a través de sus órganos. La tenencia de la cosa por el órgano es realmente la posesión directa y personal ejercida por la persona jurídica. El representante, en cambio, es ajeno a la persona jurídica, pero por ley o acto del órgano está autorizado para radicar los efectos de sus actos propios en otro (la persona jurídica). De manera que, al ejercer actos posesorios sobre una cosa, el ordenamiento jurídico los tiene por directa y personalmente hechos por la persona jurídica. La diferencia práctica entre órgano y representante es la sanción a los actos en exceso de poder o desviación de fin. Para el primero, tales hechos son atribuibles a la persona jurídica (oponibles), pero están viciados por lo que podrán ser anulados o meramente darán lugar a indemnización. Los actos del representante realizados en esas condiciones, en cambio, sencillamente no son atribuibles a la persona jurídica (inoponibilidad). Finalmente, el título de mera tenencia revela la existencia del propietario, pero no atribuye los actos del tenedor a este último. Al aplicar estas distinciones al demanio, resulta que es órgano del mismo el ente público cuya competencia propia es tutelar y cuidarlo. Pero si esta función es desconcentrada por la ley o reglamento o delegada por acto del órgano en otro ente público, este será meramente un representante. Esto se debe a que el servicio en quién se desconcentró

o delegó el bien nacional no ejerce competencias propias, sino ajenas. Finalmente, un ente público será un mero tenedor cuando no tenga más que un título de uso privativo del bien nacional. Por ejemplo, la tuición y cuidado del borde costero y mar territorial compete a la Subsecretaría de Defensa (sucesora de la Subsecretaría de Marina) del Ministerio de Defensa Nacional. Sin perjuicio de ello, la Ley de Concesiones Marítimas³⁷⁸ y el reglamento de esta³⁷⁹, desconcentran distintas atribuciones en la 'Autoridad Marítima'³⁸⁰, constituida por la Dirección Nacional de Territorio Marítimo y Marina Mercante, las Gobernaciones Marítimas y las Capitanías de Puerto. El primero es el órgano y estos últimos representantes del mismo. Un mero tenedor será cualquier otra repartición pública que haya obtenido concesión marítima para el cumplimiento de fines propios (como una Gobernación Provincial que instale un muelle para traslado de quienes viven en el lugar). Estas distinciones son también aplicables al Ministerio de Bienes Nacionales y las Municipalidades. A partir del art. 1 del D.L. N° 1.939 y el art. 5, letra c), de la LOC de Municipalidades³⁸¹, resulta que ambos son órganos del dominio público y no uno representante de la función del otro (por desconcentración o delegación). Esto se debe a que el poder propio del Ministerio de Bienes Nacionales es la tuición, siendo el cuidado algo residual, es decir, solo a falta de otro órgano asignado a esa tarea. Al determinarse que la Municipalidad administre los bienes nacionales dentro de la comuna de su jurisdicción, se excluye este rol para el Ministerio aludido. A su vez, el cuidado de la entidad edilicia también está delimitado por la existencia de otros órganos llamados a gestionar el dominio público. La Corte Suprema (Rol 4.844-2014, Casación civil) ha tenido oportunidad de referirse a la delimitación de competencias entre distintos administradores del demanio. El criterio usado es que esta facultad es una atribución hecha para el cumplimiento de los fines que el ordenamiento impone al órgano. El razonamiento del fallo es el siguiente:

“Cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 5º letra c) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que prevé: “Para el

³⁷⁸ D.F.L. N° 340 de 1960 de Hacienda, Ley de Concesiones Marítimas.

³⁷⁹ D.S. N° 9 de 2018 de Defensa, Reglamento sobre Concesiones Marítimas.

³⁸⁰ Art. 1, N° 4, D.S. N° 9 de 2018 de Defensa, Reglamento sobre Concesiones Marítimas.

³⁸¹ Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales: (...) c) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluso su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines de conformidad a la Ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado". La excepción aquí contemplada, por lo tanto, requiere para su concurrencia que los bienes nacionales de uso público, ubicados en la comuna de que se trate, posean una determinada naturaleza o finalidad que conduzca a su administración por otros órganos del Estado. Y dicha naturaleza o finalidad debe procurarse desde el prisma referido al cumplimiento de las funciones propias de cada entidad estatal, lo que aparece del encabezado de la propia norma, la que dota a las corporaciones edilicias de ciertas atribuciones para la obtención de los objetivos que les son propios".

En consecuencia, cada órgano representa a la Nación dentro de su competencia y los efectos de los actos que realice deben atribuirse a ella. Esta distribución de roles también se encuentra presente en la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado³⁸². El artículo 3, N° 2, de esta ley dispone que corresponde a este servicio:

"La defensa del Estado en los juicios que afecten a bienes nacionales de uso público, cuando la defensa de estos bienes no corresponda a otros servicios públicos".

De manera que, si el cuidado del bien nacional compete a la Municipalidad, ello abarca la defensa judicial del mismo, como acertadamente señaló la Corte de Temuco. Ello no significa privar al Consejo de Defensa del Estado de un rol en esta circunstancia. El artículo 3, N° 6, de la Ley Orgánica del mismo³⁸³, señala que le corresponde:

"La supervigilancia de la conducción de la defensa de los procesos a cargo de los servicios públicos de la Administración del Estado, de los gobiernos regionales, de las municipalidades, de las instituciones o servicios

³⁸² D.F.L. N° 1 de 1993 de Hacienda.

³⁸³ D.F.L. N° 1 de 1993 de Hacienda.

descentralizados territorial o funcionalmente y de las entidades de derecho privado en que el Estado o sus instituciones tengan aportes o participación mayoritarios o igualitarios”.

Por tanto, el rol tutelar del Ministerio de Bienes Nacionales se ejerce judicialmente a través de la supervisión por el Consejo de Defensa del Estado de los procesos en los que interviene como parte, al contar con personalidad jurídica propia, el órgano público a cargo el bien demanial. De manera que, en la reivindicación de una plaza que intenta un particular, la legitimidad pasiva corresponde a la Municipalidad en cuya comuna se encuentra. Esto no significa quitar toda función al Consejo de Defensa del Estado en esta materia, ya que siempre podrá intervenir como tercero en la defensa de los intereses del Estado (artículo 2 de la Ley Orgánica de este³⁸⁴). Lo hará como tercero coadyuvante de la Municipalidad, si sostiene que la reivindicación se dirige contra un bien nacional a cargo de ella. También puede hacerlo como un tercero excluyente, si estima que el mismo bien no está a cargo de la entidad edilicia, sino de otro servicio carente de personalidad propia.

El segundo grupo de sentencias, si bien no ahonda en la teoría del dominio público, presupone su conocimiento en la resolución del asunto debatido. La exposición de ellas comenzará con dos antiguos fallos, que aplican la intransferibilidad, nota característica del régimen demanial y cuya función es sustraer estos bienes del tráfico privado. En aplicación de esa doctrina, la primera sentencia, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, concluyó -C. Concepción, 8 octubre 1990, R., t. 88, sec. 5°, p. 102 (C. 19° a 21°, pp. 108-109-:

“Sobre los bienes nacionales de uso público las Municipalidades sólo tienen la administración de aquellos existentes en la comuna y en el ámbito del cumplimiento de sus funciones propias, de modo que no les está permitido efectuar a su respecto actos de disposición. Una transacción acordada en juicio con terceros por un Alcalde, con la aprobación del Consejo de Desarrollo Comunal, que signifique disponer en favor de terceros bienes nacionales de uso público, no está dentro de la esfera de sus atribuciones,

³⁸⁴ D.F.L. N° 1 de 1993 de Hacienda.

puesto que sobre estos bienes no tiene sino facultades de administración, pero no de disposición”.

Esta jurisprudencia resulta interesante, en primer lugar, por la causal de nulidad de la transacción. No es de naturaleza subjetiva, por haberla celebrado la entidad edilicia excediendo sus facultades de administrador de los bienes nacionales. Esto significaría que otro órgano (como el Ministerio de Bienes Nacionales) si podría transigir sobre el dominio público, conclusión que es inadmisibile. El motivo de la nulidad es objetivo y consiste en que esta especie de bienes están sujetos a un régimen exorbitante, que los hace intransferibles para excluirlos del tráfico privado. De manera que ningún órgano puede transigir a su respecto. En segundo lugar, el fallo es destacable porque allí donde no cabe la transacción, tampoco lo hace la conciliación o el avenimiento.

La segunda sentencia en la materia fue pronunciada por la Corte Suprema y dictamina -C. SUPREMA, 24 agosto 1988, R., t. 85, sec. 5°, p. 165 (C. 3° a 5°, sent. Confirmada, p. 167); F. del M. N° 357, sent. 11°, p. 503 (C. 3° a 5°, p. 504-:

“El artículo 589 del Código Civil establece que el uso de los bienes nacionales de uso público pertenece a todos los habitantes de la Nación y, por ende, no puede darse en comodato el uso exclusivo de uno de esos bienes, a menos que previamente sea desafectado de su destino”.

Este fallo pone de relieve que la intransferibilidad sustituye íntegramente el tráfico privado del bien. De manera que en su gestión única y exclusivamente podrá recurrirse a títulos reglados por el Derecho administrativo, sean generales (permisos, concesiones) o especiales (derechos de aprovechamiento particularmente reglados).

Otro aspecto del régimen de dominio público es que la titularidad de tuición y cuidado del mismo se ha usado como fundamento de la responsabilidad de la Administración del Estado. El órgano que lo tiene a su cargo, es responsable de la prestación objetiva de un servicio público, consistente en mantener la cosa apta para su destino. De no ocurrir ello, causándose accidentes, el titular de estas funciones incurre en falta de servicio. La Corte Suprema ha dicho al respecto (Rol 25.143-2018, Casación civil):

“Se desecha la defensa municipal en orden a que la Avenida Las Golondrinas fue declarada camino público y, en tal calidad, la

responsabilidad recaería sobre el Ministerio de Obras Públicas, en tanto la normativa que cita al efecto -el Decreto con Fuerza de Ley N° 850 de 1997 del señalado ministerio- no excluye la obligación de los municipios de administrar directamente los bienes nacionales de uso público, debiendo velar por que ellos cumplan la función para la que están destinados". De hecho, la jurisprudencia administrativa contenida en los dictámenes N°s. 26.522, de 2016, y 14.103, de 2017, ha señalado que los municipios están obligados a realizar trabajos de limpieza respecto de los cauces y riberas de los ríos situados dentro de los límites comunales, toda vez que dicha función no ha sido encomendada específicamente a otros organismos de la Administración".

Respecto de la protección del dominio público, la jurisprudencia ha conocido de dos materias. En primer lugar, si los particulares que ocupan un bien nacional pueden o no interponer interdictos posesorios al ser despojados de ellos. La Corte Suprema (Rol 4.291-2019, Casación civil), haciendo suyo el razonamiento del Tribunal de Alzada, los excluye de plano, por la imprescriptibilidad de estos bienes:

"[...] Reflexiona en relación a la de restablecimiento que 'planteados en los términos expuestos los hechos o circunstancias en que los actores fundan la legitimación activa que les permite interponer la querrela de restablecimiento deducida en la causa, tal planteamiento resulta formalmente contradictorio en sí mismo e inadmisibles, por cuanto los bienes nacionales de uso público se encuentran fuera del comercio humano y no admiten posesión por parte de particulares'. En cuanto a los hechos que según los actores configuran mera tenencia de su parte, 'tales hechos son inidóneos e ineficaces para constituirlos en meros tenedores de ese bien', razonando, a continuación, que 'la acción entablada en autos, consistente en una querrela de restablecimiento respecto de un bien que se califica como bien nacional de uso público, resulta formalmente inadmisibles, por no ser jurídicamente posible que los actores tengan respecto de ese bien la calidad de poseedores o de meros tenedores' [...] A su turno, respecto de la querrela de restitución manifestaron que 'procede también desestimarla,

toda vez que el artículo 917 del Código Civil dispone que no puede haber acción posesoria sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción”.

En segundo lugar, los fallos relativos a la protección del demanio no coinciden sobre el alcance de la acción prevista en el artículo 948 del Código Civil. El inciso primero del mismo dispone que:

“La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá, en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados”.

La controversia consiste en si los elementos de la norma (actuar “*en favor*” de la cosa y la “*seguridad de los que transitan*”) son copulativos o alternativos. Por ejemplo, erigir un kiosko sin permiso en una plaza menoscaba esta, pero la integridad física de quienes concurren a ella no se ve afectada si no amenaza ruina. Por la opción de ser requisitos alternativos se pronuncia una antigua sentencia de la Corte Suprema - C. Suprema, 28 julio 1921, G. 1921, 2º sem., N° 23, p. 80, R., t. 21, sec. 1º., p. 37-:

“La frase incidental ‘y para la seguridad de los que transitan por ellos’, que emplea el artículo 948, no limita la acción popular sólo a los transeúntes, sino que establece que, además de poder ejercitarse en beneficio general, o sea, en favor de los caminos, plazas y demás lugares de uso público, puede hacerse valer en beneficio de los que transitan por ellos, cuando los vecinos, sin apropiárselos, pusieren entorpecimiento u obstáculos en las indicadas vías públicas”.

La alternativa de ser copulativos estos requisitos fue adoptada por la misma Corte Suprema en fallo dictado 50 años después- C. Suprema, 17 septiembre 1971, R., t. 68, sec. 1º, p. 286 (C. 1º a 7º, p. 287). F. del M. N° 154, sent. 8º, p. 213-.

“La acción del artículo 948 del Código Civil cede en beneficio de los bienes nacionales de uso público y no en el de los bienes fiscales, y el artículo 932 del mismo Código establece una acción en favor del que tema la ruina de un edificio vecino y los consiguientes perjuicios que derivan de ello. Una y otra disposición contemplan situaciones muy diferentes: el artículo 932 dice

relación con el interés privado y el artículo 948 se refiere a las calles, plazas y otros lugares de uso público y la seguridad personal de los que transitan por ellos. En consecuencia, cabe rechazar la acción popular basada en los dos artículos mencionados por la cual se denuncia el estado ruinoso de un edificio fiscal (en que funcionaban Juzgados del Crimen y la Sección Detenidos de Valparaíso) y en que los actores (varios abogados) no invocan la vecindad del inmueble, sino el peligro que implique su estado para quienes laboran en él: jueces, funcionarios, abogados y las personas que a diario deben concurrir a él”.

Esta sentencia es además criticable, pues estima que el objeto respecto al que se pedía protección era el bien fiscal, cuando aquel era la calle que enfrentaba. El estado ruinoso del edificio de los juzgados criminales de Valparaíso ponía en riesgo la integridad de la calzada que le servía de acceso y la seguridad de las personas que por allí transitan. De manera que, en ese caso, se cumplía con ambos requisitos, razón por la que debió acogerse el libelo.

Otro aspecto del régimen demanial es la incorporación, mutación y término de la destinación al mismo. La Corte Suprema (Rol 67.463-2010, casación civil) distinguió tales destinaciones de los modos por los que, previamente, el Estado debe hacerse con la propiedad de la cosa. Expuso que las calles, caminos y plazas pasan se adquieren para el dominio nacional “*por vía de la expropiación [...] y a través de las cesiones de terreno que se urbanice, de acuerdo con las disposiciones de la ley en comento [de urbanismo y construcciones]*”. A raíz de ello, concluye el máximo tribunal en la causa referida que el instrumento de planificación territorial, si bien sirve para reglar destinaciones demaniales, no es un título idóneo para fines de adquisición:

“Ninguna de las dos hipótesis se acreditó en autos, refiriendo el sentenciador, acertadamente, que la sola circunstancia de haberse contemplado el trazado de una calle en el terreno sub lite, no permite asentar el carácter de bien nacional de uso público, pues efectivamente tal instrumento de planificación territorial no es idóneo para privar del derecho de propiedad de que es titular el actor, razón por la que si el ente edilicio

desea materializar la decisión de transformar el tramo en discordia en una calle de libre acceso, necesariamente deberá ajustarse a las vías contempladas por nuestro ordenamiento jurídico para tales efectos, razonamiento que, en caso alguno determina la orden de expropiar”.

La declaratoria de camino público tampoco es, para el máximo tribunal, una forma idónea de incorporar bienes al demanio (rol 67.463-2016, casación civil). Señaló textualmente sobre esta materia que:

“Sólo se establece una presunción que ampara el tránsito por caminos que han estado abiertos al público, la que tiene el carácter de simplemente legal, admitiéndose prueba en contrario [...] sin que en caso alguno consagre la ‘destinación’ del propietario al tránsito público como una forma de mutar el carácter del bien de privado a público”.

En otro caso conocido por la Corte Suprema (Rol 4.961-2017, Casación civil), implícitamente admitió que la Nación podía adquirir bienes públicos por prescripción. El conflicto que resuelve este fallo inicia con la subdivisión que un particular realiza de su predio. Conforme al artículo 70 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones³⁸⁵, las calles cuya apertura contempla el proyecto deben cederse voluntaria y gratuitamente al dominio nacional. El artículo 135 de la mencionada Ley precisa que, al dictar la Municipalidad la recepción final de las obras de urbanización, esta superficie transitará de la propiedad privada a la nacional. Pero en el caso que motivó el fallo, jamás llegó a dictarse esta resolución municipal, por lo que no operó este modo de adquirir. A pesar a ello, esta superficie se entregó materialmente a la entidad edilicia, quién por más de 25 años los gestionó como bien nacional, incluyéndola en los planos reguladores como vía existente y no proyectada. Además, fue objeto de declaración de camino público por decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas. En el juicio que entabló, el particular pretende recuperar la tenencia de esas superficies, al no haber cesado su inscripción conservatoria, ni haber operado el modo de adquirir descrito. En la sentencia de casación en el fondo, el máximo tribunal niega ello en los siguientes términos:

³⁸⁵ D.F.L. N° 458 de 1976 de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

“Aun siendo efectivo que no existe todavía la recepción final de las obras de urbanización [...] la señalada cesión se encuentra igualmente perfeccionada a través de la suscripción del plano por parte del propietario. En otras palabras, aunque la cesión no pueda aún ser inscrita, puesto que no se ha otorgado el certificado que dé cuenta de la recepción de las obras de urbanización, la voluntad de ceder ya fue manifestada por el dueño; en efecto, en el plano tantas veces mencionado se lee que los lotes "se ceden a bien nacional de uso público (B.N.U.P), por constituir faja de protección de línea de alta tensión y apertura de Avda. Circunvalación indicada en el plano regulador", de manera que no puede ahora el demandante desconocer la validez de dicho acto [...] en los hechos resultó acreditado que se trata de terrenos que fueron entregados materialmente a la administración municipal hace 25 años por voluntad expresa de su dueño, tratándose, por tanto, de una situación que en la realidad se encuentra consolidada a través de una posesión material que detenta la Nación toda y que tiene como antecedente la cesión gratuita realizada por el propietario”.

Si para adquirir la Nación tal calle no operó el modo previsto en los artículos 70 y 135 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones³⁸⁶, es porque los ganó por prescripción. Existió un título, como fue el plano otorgado por el propietario particular y aprobado por la Municipalidad. Además, la tradición se realizó mediante la entrega material de esas superficies. Enseguida, se realizaron actos posesorios por más de 25 años, sin que hubiere reclamado el pretendido dueño. Por un lado, son tales los actos de los entes públicos encargados de tutelarlos y cuidarlos. Por otro, el continuo y permanente uso hecho por los habitantes al transitar por esas vías constituye también acto posesorio. De manera que la justicia del título, así como buena o mala fe de las autoridades, es intrascendente considerando el largo espacio de tiempo transcurrido. La Corte Suprema (Rol 31.910-2016, Apelación protección) también determinó que las mutaciones demaniales requieren acto expreso. Son tales aquellas que alteran la

³⁸⁶ D.F.L. N° 458 de 1976 de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

destinación del bien a un concreto fin público y, mientras no se concreten, impiden dar otros usos a tal cosa. El siguiente pasaje del fallo es un claro ejemplo de ello:

“Si el Municipio desea darle un destino diverso al contemplado en dicho instrumento [área verde], como la de destinarlo a caminos, según el plan de pavimentación mencionado por los recurrentes, deberá someterse a los procedimientos establecidos en esas normas para darle un destino diverso [modificación del plan regulador comunal] [...] De lo anterior se sigue, que el Municipio no puede construir dichos caminos sin haber previamente obtenido la desafectación del bien”

En la misma sentencia ya citada, el máximo tribunal determina que también las desafectaciones requieren acto expreso. Mientras ellas no ocurran, permanece invariable la destinación originalmente prevista del bien público. No obstante, este fallo es criticable por la confusión en la terminología que emplea. Si bien se extiende tanto a las mutaciones como desafectaciones del demanio, emplea sólo esta última palabra como comprensiva de ambos fenómenos.

En relación a los usos privativos del dominio público, una forma general de ellos son los permisos de ocupación. La Corte de Coyhaique (rol 32-2011, Protección) los ha caracterizado de la siguiente forma:

“El permiso otorgado para ocupar un bien nacional de uso público, atendido su origen, naturaleza y precariedad de que se encuentra revestido, lo que lo hace incierto, eventual y transitorio, pudiendo dejarse sin efecto por quien lo otorga en el momento que estime pertinente y el que además no otorga derechos que puedan ser adquiridos y considerando también que dichos permisos, así otorgados, son personales, individuales e intransferibles, no pueden considerarse como una concesión y, por ende, no le son aplicables las normas legales y reglamentarias que la recurrente estima como infringidas”.

La Corte de Apelaciones de Santiago (rol 1449-2009, Protección), atendido que tales permisos son precarios, ha también determinado que su otorgamiento no es forzado:

“Los municipios deben ser celosos custodios de la seguridad y tranquilidad de los vecinos, como también evitar que proliferen en las vías públicas un comercio clandestino que erosiona la propiedad intelectual e industrial, promueve la evasión tributaria y facilita la delincuencia. [...] Que teniendo como base lo antes señalado, aparece evidente que la municipalidad no se encuentra obligada a otorgar los permisos que habilitarían a los recurrentes para ocupar un bien nacional de uso público ejerciendo su actividad artística, de lo que cabe colegir que no se puede estimar que hubiere incurrido en la perturbación que se denuncia, ni menos en el acto de discriminación que se le reprocha”.

Las concesiones y otros usos privativos especialmente reglados por la ley cuentan con la garantía de la propiedad. Sin embargo, ni aún en ellos existe un derecho adquirido a su obtención, sino una mera expectativa. La Corte Suprema (rol 20.770-2018, Casación civil) aplicó este criterio tratándose de una solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas en el estero Lolol³⁸⁷. Durante la tramitación del procedimiento administrativo para constituirlos, se dictó una resolución que declaró en escasez esa fuente de agua, motivo por el que se rechazó la petición. El particular interpuso reclamo especial de ilegalidad contra el Director General de Aguas, el que fue rechazado en primera instancia ante la Corte de Apelaciones de Rancagua. Conociendo de dicha causa por casación en el fondo, el máximo tribunal de la República sentenció:

“La norma del artículo 52 de la Ley N° 19.880 únicamente impide la afectación de situaciones jurídicas consolidadas, pero la prohibición no se extiende a las solicitudes pendientes de resolución al momento de dictar el acto administrativo de término, pues tales solicitudes no dan lugar a derechos adquiridos, sino a meras expectativas en términos de obtener un pronunciamiento favorable de la administración. Lo anterior es así, entre otras razones, porque las aguas son bienes nacionales de uso público que no pocas veces se ven afectadas por diversos fenómenos de la naturaleza

³⁸⁷ Este se encuentra en la provincia de Colchagua, Región del Libertador General Bernardo O'Higgins.

y por actos de la voluntad humana que influyen en su abundancia o escasez, lo cual hace necesario que el otorgamiento del derecho de aprovechamiento de aguas se guíe por criterios técnicos objetivos que aseguren la conservación, captación y uso del agua en condiciones de eficiencia, eficacia y racionalidad, procurando siempre la protección y no saturación del recurso hídrico”.

Otros casos sobre uso privativo del dominio público son los conflictos entre faenas mineras y extracciones de áridos. Estos últimos son “*materiales rocosos naturales, como arenas o gravas, empleados en las argamasas*”³⁸⁸. El artículo 13 del Código de Minería previene que “*no se considerarán sustancias minerales y, por tanto, no se rigen por el presente Código, las arcillas superficiales y las arenas, rocas y demás materiales aplicables directamente a la construcción*”. De manera que los áridos no son una reserva estatal al no ser jurídicamente minerales y, si se encuentran en bienes públicos, acceden a los mismos³⁸⁹. El órgano a cargo de esa dependencia demanial tendrá su tuición y cuidado, pudiendo otorgar usos privativos (como permisos o concesiones) para su explotación. Tratándose de áridos terrestres, el título habilitante será el permiso o concesión de quién tenga a su cargo el suelo público, normalmente la Municipalidad. Un ejemplo de excepción es la extracción de áridos desde caminos públicos, que debe contar con permiso de la Dirección de Vialidad del Ministerio de

³⁸⁸ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo I. 1992 (21° Edición). Pág. 186.

³⁸⁹ Es relevante precisar que los áridos no sólo acceden materialmente al terreno en que se encuentran, sino también al régimen jurídico que gobierne el bien principal. En consecuencia, si el terreno era particular o fiscal, los áridos en él existente se regirán por el Derecho civil, pero si tal terreno era público, los mencionados áridos se sujetarán al régimen demanial. Esto último se debe a que los áridos cumplen con los tres requisitos exigidos por la ‘*teoría de la accesoriadad del Derecho administrativo*’, lo que se comprueba a continuación. En primer lugar, los áridos acceden físicamente al inmueble demanial, pues los primeros se hayan en las entrañas del último. En segundo lugar, los áridos contribuyen a la realización del fin público que tiene el inmueble demanial al que acceden, pues son el soporte natural, por ejemplo, de una masa de agua o de una calle. En tercer lugar y fina, los áridos se usan en el disfrute del inmueble demanial, como ocurre al transitar por una calle, soportada sobre una superficie que contiene tales áridos, o al bañarse en un lago, cuyo lecho -en que se encuentran los áridos- impide que las aguas desaparezcan por infiltrarse en la tierra.

La explicación hecha es importante puesto que, si faltase alguno de los requisitos de la ‘*teoría de la accesoriadad del Derecho administrativo*’, los áridos serían de propiedad pública, pero no accederían al régimen demanial, sino que al fiscal. Ello conllevaría que el ente público a cargo de la dependencia demanial no sería el facultado para otorgar permisos que habiliten a los particulares la extracción de los áridos existentes en tal inmueble demanial, sino que dicha atribución competiría al Presidente de la República, por intermedio del Ministro de Bienes Nacional.

Obras Públicas. En los áridos marítimos, el permiso lo otorga la Dirección Nacional de Territorio Marítimo y Marina Mercante (DIRECTEMAR), y en los fluviales o lacustres, habrá que distinguir si el cuerpo de agua es o no navegable por buques de más de 100 toneladas de registro grueso. En la afirmativa, son lagos o ríos mayores y el título habilitante será el permiso referido dado por la Dirección Nacional de Territorio Marítimo y Marina Mercante (DIRECTEMAR). En la negativa, en ríos menores deberá obtenerse permiso o concesión municipal, mientras que, siendo de dominio privado el álveo de los lagos menores, la explotación corresponde a sus dueños. Expuestas estas posibilidades, es posible que en un mismo bien nacional se extraigan minerales y áridos, la que será fuente de conflictos. La Corte de Apelaciones de San Miguel (rol 154-2010, Protección) tuvo oportunidad de pronunciarse sobre un caso de esta especie, en que, recogiendo los alegatos de la parte recurrente, afirmó:

“Las recurridas en términos generales señalan que los actos que motivan la presente acción cautelar, no son otra cosa que el legítimo ejercicio de los permisos municipales para extraer áridos habidos en los bancos de decantación o depósitos fluviales del cauce del río Maipo, bienes nacionales de uso público, a los cuales se accede por un camino público y se instalan las faenas en la ribera del río que igualmente es un bien nacional de uso público, por lo que malamente puede existir una afectación al derecho de propiedad sobre la concesión minera que detenta el recurrente, no siendo el actor dueño de los áridos”.

Finalmente, cabe comentar los fallos que relacionan bienes nacionales y ocupación de ellos para objetos destinados a servicios de utilidad pública. La Corte Suprema (Rol 4.844-2014, Casación civil) se pronunció sobre la administración de las postaciones eléctricas en los siguientes términos:

“Formando parte dichos postes de la prestación del servicio público referido, no cabe duda de que su administración le ha correspondido al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción [hoy, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo] y ha sido sustraída del Municipio demandante. Dicho Ministerio ejerciendo la administración que le ha sido

cometida, a su vez y en conformidad a la ley, a través del procedimiento respectivo -cuyo cumplimiento no ha sido discutido en autos- ha incorporado el uso de las postaciones en la concesión que se otorgó a la demandada, en su calidad de concesionaria del servicio público referido y no se controvierte que la concesión es gratuita, de modo que el uso de los postes corre la misma suerte. En efecto, el título concesional crea el derecho a utilizar bienes nacionales de uso público [...] En consecuencia, claro está que la administración de las postaciones de que se trata, independiente de su naturaleza jurídica y del titular de su dominio, ha sido sustraída del ámbito de la Municipalidad demandante, atendida su finalidad” (énfasis añadido).

Estimo que el fallo es acertado en su conclusión sobre la administración de las postaciones eléctricas. No obstante, si bien no era relevante para la cuestión sometida a conocimiento del máximo tribunal, el dominio de tales postaciones es una materia de interés general para el Derecho eléctrico. Es indudable que, mientras se encuentren en poder del concesionario, las postaciones se sujetan al régimen privado, al no reunirse el elemento objetivo del dominio público: la gestión de la cosa por un ente público. Sin embargo, la situación del bien no permite concluir sin dudas que el propietario sea el concesionario, quien puede tenerlos como mero administrador. Dilucidar la condición del propietario respecto de los bienes afectos a la concesión requiere mencionar que estos son un patrimonio de afectación, sujeto a reglas excepcionales. Por ejemplo, no son embargables de acuerdo al artículo 445, N° 17, del Código de Procedimiento Civil. El artículo 43 de la Ley General de Servicios Eléctricos³⁹⁰ dispone que, caducada la concesión, esta se licitará “*con los bienes afectos a ella*”. Significa ello que el concesionario, al perder el título que lo habilitaba para desempeñar la actividad, se encuentra obligado a enajenarlos a quién le suceda. Este entendimiento sólo tiene sentido si dichas postaciones afectas a la concesión son de propiedad del titular de la misma.

³⁹⁰ El D.F.L. N° 4 de 2007, fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 1 de 1982 de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos.

En otro fallo, la Corte Suprema (Rol 22.200-2018, Apelación protección) determinó que los cables de televisión, telefonía o internet se “*encuentran en un soporte que es privado*”. De manera que las instalaciones de telecomunicaciones existentes en bienes nacionales de uso público, al igual que las de distribución eléctrica según lo ya explicado, son propiedad del concesionario. No obstante, el máximo tribunal estimó que si esos cables quedan en desuso, cesa su afectación al título concesional y pasan a ser desechos o basura, aunque de propiedad de la empresa respectiva. La sentencia mencionada señala que, en esas condiciones, procede que la Municipalidad los retire del bien nacional de uso público que los soporta, por lo siguiente:

“El carácter de elementos de desecho convierte a los referidos cables en un tipo de basura, cuyo retiro debe ser dispuesto por la recurrida [Municipalidad de Puerto Montt], pues si bien se encuentran en un soporte que es privado [el poste o caja], lo cierto es que esté se ancla en un espacio que constituye un bien nacional de uso público [la calle] y cruza además el espacio aéreo que tiene tal naturaleza. Ahora bien, no se puede desconocer que los cables que motivan la controversia, a pesar de ser elementos de desecho, pertenecen a empresas concesionarias de servicios públicos que efectivamente están bajo la fiscalización del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones; sin embargo, aquello no es óbice para la actuación de la recurrida, máxime si [...] las concesionarias sólo pueden tender o cruzar líneas aéreas para la prestación de servicios, por lo que los cables en desuso, al no estar afectos al cumplimiento de tales fines, no se encuentran amparados por el artículo 18 de la ley N° 18.168, razón por la que devienen en escombros cuyo retiro puede ser ordenado por la Municipalidad respectiva”.

c. La jurisprudencia administrativa.

El estudio de los dictámenes de la Contraloría General de la República permite obtener tres conclusiones. En primer lugar, este órgano contralor cuenta con una acabada comprensión sobre el dominio público, la que se expondrá en las citas de tales

dictámenes, junto a su explicación y eventual crítica. En segundo lugar, estimo que aquella materia que presenta mayor refinación es la relativa a la tuición y administración de los bienes nacionales. Esto resulta natural porque un rol esencial de esta institución es controlar la juridicidad de los actos de la Administración del Estado. En tercer lugar, el entendimiento del órgano contralor se ciñe estrictamente a los términos del artículo 589 del Código Civil. Por tanto, entiende que todos aquellos bienes no destinados al uso público son fiscales, aun cuando tengan un especialísimo régimen idéntico al demanio (como en el caso de las áreas silvestres protegidas).

La naturaleza jurídica del dominio público la explica el ente contralor oponiendo su fin (uso común) a los del dominio privado. Así, el dictamen N° 848 del año 1983 señala:

“El derecho de propiedad que tiene el Fisco sobre tales bienes no es el del Código Civil, art. 582, puesto que solo puede dedicarlos al uso general de los habitantes, según su naturaleza, y no puede enajenarlos por estar fuera del comercio jurídico, teniendo a su respecto solo ciertos atributos del dominio expresados en facultades de policía, tuición, administración y vigilancia”.

Estimo que esta doctrina es acertada, pues la diferenciación entre ambas especies de propiedad la localiza en como puede comportarse el propietario. Si esta es privada, podrá guiarse arbitrariamente, es decir, sin que el Derecho haga necesario dar un concreto destino a la cosa. En cambio, si la propiedad es pública, está afecta forzosamente a un fin general, razón por la que el Estado tendrá sólo las competencias funcionales a ese cometido. No obstante, discrepo que dicho interés sea únicamente el que resulte del uso directo al que naturalmente sirva la cosa, pues soy partidario de una propiedad pública con fines abiertos.

El mismo dictamen ya citado hizo una interesante aplicación de la naturaleza jurídica del dominio público al artículo 42 del D.L. 1.939. Este precepto otorga una recompensa (galardón) a quién denuncie al Fisco la existencia de herencias a las que es llamado o de bienes que ignora su existencia o el hecho de estar ocupados por terceros. La situación que correspondió dirimir fue si procedía o no el pago del galardón si lo

denunciado era la ilegítima tenencia de un terreno que fue donado para área verde pública. Mediante el mentado dictamen 848 de 1983, se resolvió:

“No procede pagar galardón cuando se trata de denuncia de bienes nacionales de uso público [...] ellos no pertenecen al Fisco ni tampoco podrían pasar a formar parte del patrimonio fiscal a menos que se desafecten, porque dentro de este no existen bienes que tengan esa calidad [...] Además, no podría hablarse de un desconocimiento de su existencia por parte del Estado pues, se encuentran administrados por una Municipalidad, como tampoco de recuperación de ellos, atendida su calidad, requisitos indispensables para que proceda recompensa [...] Para efectos de que se trata se requiere que Fisco incorpore a su patrimonio un bien en virtud de una denuncia y no por desafectación”.

Otra materia que copiosamente ha abordado la Contraloría General de la República es la afectación y desafectación de los bienes nacionales. El dictamen N° 58.485 de 1957 entrega una noción de estas herramientas jurídicas:

“Por afectación de un bien debe entenderse el acto en virtud del cual el poder público incorpora al dominio público del Estado, es decir al uso común, un bien del dominio privado del mismo, esto es, un bien fiscal o de otra entidad personificada, y por desafectación, el acto en cuya virtud, el poder público incorpora al dominio privado un bien que estaba afectado al dominio público”.

Este dictamen, a continuación, recoge la diferencia ya anotada entre el dominio público natural y artificial. La distinción apuntada sirve para determinar quién puede, por un lado, destinar la cosa al dominio público y, por otro, cesar dicha afectación. El órgano contralor, acertadamente, señala que la adscripción de un bien al régimen demanial siempre requerirá de una decisión legislativa. Sin embargo, en una especie de cosas bastará ella sola, mientras que en otras se requerirá un acto administrativo posterior, que la destine concreta y específicamente. El referido dictamen 58.484 de 1957 señala textualmente en la materia:

“Para precisar la naturaleza de la afectación y el órgano competente para realizarla hay que distinguir entre dominio público natural y artificial, el primero formado por los bienes que por su naturaleza están destinados al uso común y el segundo, por aquellos que se deben a una construcción u obra del hombre. Los bienes artificiales también requieren de una declaración legislativa que los incluya entre los bienes nacionales de uso público mencionados en la ley, pero la afectación directa y específica al uso general, conforme a esa declaración previa de la ley, corresponde al poder administrador, mediante decreto supremo. La desafectación está regida por los mismos principios”.

Un interesante aspecto abordado por la Contraloría es la relación entre bienes nacionales e inscripción conservatoria. Esta última es el mecanismo previsto por el Derecho civil para adquirir y conservar la posesión de los bienes raíces. No obstante, los bienes nacionales están excluidos del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, al no poder ser objeto de posesión o, si se estima que lo son, por ser ella inútil al no conducir a adquirir tal bien por prescripción. En caso que lleguen a incorporarse al sistema registral inmobiliario, por cualquier motivo, no se variará por este hecho su régimen jurídico. Así, el ya aludido dictamen N° 848 de 1983, ya citado, dispuso:

“Solo en virtud desafectación regulada por DL 1.939, art. 64 y sigs., y DTO. 458/75 Vivienda, art.62, bienes nacionales de uso público pueden pasar a ser fiscales, y todo otro acto, como la inscripción a favor del fisco, no es jurídicamente válido para operar dicho cambio”.

Haciendo aplicación de esta doctrina al controlar un acto de la Administración, el dictamen N° 14.028 de 1986 resolvió:

“Devuelve decreto de Interior que autoriza a Municipalidad para transferir a título gratuito, lotes que indica a Fundación CEMA Chile, pues se trata de predios que fueron cedidos gratuitamente a ese Municipio para ser destinados a áreas verdes, los que, acorde con normas reguladoras de la materia, tienen calidad de bienes nacionales de uso público, aun cuando se hallen inscritos en favor de Municipalidad respectiva,

correspondiéndoles a esas corporaciones solamente la administración y tuición de aquellos”.

Existió una peculiar situación sobre la extensión espacial de los bienes nacionales de uso público. En la actualidad, estos son administrados por las Municipalidades, incluido su subsuelo, salvo que se encomienden a otro organismo público. No obstante, el texto original de LOC de Municipalidades³⁹¹ no contenía dicha precisión sobre el subsuelo, la que es obra de una modificación prevista en la Ley N° 19.425. Antes de su dictación, la Contraloría General de la República entendía que, estando sólo la superficie destinada al uso público, el subsuelo era propiedad fiscal. En el año 1988, mediante el dictamen N° 4.659 de 1988, se dio aplicación a estos criterios, determinando que el espacio físico que cruzan las obras que señala, no integra el dominio nacional:

“El subsuelo de calle por donde cruzan los tendidos de cañerías que evacuan las aguas servidas que constituyen una solución de alcantarillado particular constituye un bien fiscal, porque para precisar si un bien determinado queda incluido en la categoría de bien público, es necesario determinar si reúne el requisito diferenciador de estar entregado al uso general de los habitantes, lo que no acontece con dicho subsuelo”.

El dictamen 32.908 de 1989 recogió la doctrina acumulada en la materia y la expuso latamente en estos términos:

“La administración del subsuelo de los bienes nacionales de uso público, en la medida en que este no está entregado al uso general de la comunidad y no tiene por consiguiente la naturaleza de bien nacional de uso público, compete al Presidente de la República a través del Ministerio de Bienes Nacionales”.

El señalado dictamen continuó precisando tal estimación de la siguiente forma:

“El dictamen aludido no ha señalado una excepción a la facultad de administrar los bienes nacionales de uso público que compete a los Municipios, sino que solamente declaro su alcance en atención a la

³⁹¹ Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

naturaleza jurídica de determinados bienes, vale decir, a si su uso pertenece o no a todos los habitantes. En este aspecto, más que de la administración del subsuelo, abstractamente considerado, se trata específicamente de bienes que se construirían en el subsuelo con una finalidad evidentemente ajena a la del respectivo bien nacional de uso público y que, en la medida en que el uso de estacionamientos, locales comerciales y otros establecimientos similares no pertenezca a todos los habitantes, no solo serían diferenciables por su objeto y destino de, por ejemplo, la plaza, o calle bajo la cual se ubicarían, sino que corresponderían exactamente al termino opuesto de la clasificación legal ya comentada”.

Estas decisiones del Contralor se citaron latamente para demostrar la inconveniencia de una estricta interpretación del artículo 589 del Código Civil. El subsuelo de los bienes nacionales no está destinado al uso público, pero -a partir de la Ley N° 19.425- integra estos y participa de su naturaleza jurídica, pese a que no puede subsumirse en el concepto del artículo referido. Esto demuestra que el dominio público lo integran cosas que el Legislador adscribe a ese régimen, en razón de fines públicos no reducidos al uso directo. Si la definición expresamente prevista por la ley no abarca otras situaciones creadas por ella misma, entonces ese concepto quedó obsoleto. La manera en que puede adecuarse a la evolución que sufrió el Derecho nacional, es tener a los bienes nacionales de uso público como una especie dentro de un género, la de bienes nacionales a secas.

Un último aspecto a considerar sobre la extensión de los bienes nacionales de uso público es el mobiliario urbano. La Contraloría General de la República recurre a la accesoriedad para determinar el régimen de ellos. Si tal mobiliario adhiere o se destina a una superficie de dominio público, participa de esa naturaleza. Al separarse del mismo permanentemente, la pierde y recupera su condición de cosa fiscal. Estos hechos determinan mutaciones en el órgano a cargo de administrarlos. Mientras estén afectas al uso público, corresponderá a las Municipalidades y, al cesar su destinación, al Presidente de la República por intermedio del Ministro de Bienes Nacionales. Así, por ejemplo, el dictamen 1.516 de 1998 dispuso:

“[...] Los adoquines que en si eran bienes muebles, al emplearse en la construcción de calles de comuna, a la vez de adquirir la condición de bienes inmuebles, pasaron a ser bienes nacionales de uso público, como son las vías a las cuales se incorporaron. Asimismo, mientras tales elementos (adoquines) conservaron las características anotadas, quedaron sometidos a la administración de la Municipalidad local. No obstante, desde que fueron retirados en forma definitiva de las calles para ser empleados en un destino distinto, perdieron la categoría de bienes inmuebles y, por ende, de bienes nacionales de uso público, desprendiéndose de esa forma el Municipio de la facultad de administrar esos materiales. Al margen de lo indicado, el retiro de los adoquines de las arterias públicas, no produjo otras consecuencias y, por lo tanto, no afecto su titularidad. Lo anterior, porque a los hechos materiales referidos, la ley no les atribuye la virtud de producir el traspaso de dominio. Consecuentemente, los aludidos adoquines han seguido constituyendo bienes nacionales, pero de aquellos cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, que se denominan bienes del Estado o fiscales”.

El Contralor fundamenta la accesoriedad descrita en los artículos 568, 569 y 570 del Código Civil. Sin embargo, estimo que el sentido que le ha dado al aplicarlos a los bienes nacionales se aleja parcialmente de ellos, sentando las bases para una teoría de la accesoriedad de Derecho administrativo. El motivo es que, de haber aplicado estrictamente las mismas reglas, debió concluir que el subsuelo de un bien nacional era parte de él y participaba de su naturaleza, aún antes de la Ley N° 19.465. Esto se debe a que el mentado subsuelo adhiere permanentemente a la superficie. Es efectivo que el ordenamiento jurídico contempla el desmembramiento del ámbito espacial sobre el que se ejerce la propiedad territorial. Así ocurre con las minas y la energía geotérmica, que se adscriben a la Nación y al tráfico público, separándose del predio superficial, el que sigue regido por el Derecho civil. No obstante, cuando la ley ha querido introducir esa desmembración, lo ha hecho expresamente, pues de lo contrario tiene lugar el artículo 568 del Código Civil y las cosas, por adherir entre ellas, no son normativamente diferenciables en su régimen. Pero la conclusión de la Contraloría en

relación al subsuelo ha sido distinta, estimándolo fiscal a falta de expresa *publicatio* pues no sirve al uso público. El mobiliario urbano, en cambio, integra el demanio al servir al destino público de la cosa principal. En consecuencia, la accesión no es civil, en que la incorporación a la cosa principal es física (adhesión) o artificial (destino). Se trata, en cambio, de una accesividad de Derecho administrativa, calificada por la concurrencia simultánea de ambos criterios.

En materia de tuición y administración de los bienes nacionales, la Contraloría General de la República cuenta con minuciosos dictámenes. La distribución de competencias en la materia esencialmente es la siguiente. El Ministerio de Bienes Nacionales tiene la tuición y cuidado del patrimonio nacional. El sentido que tiene esta potestad pública, explica el órgano fiscalizador, es el de controlar las actuaciones de quienes administran tales bienes, pero sin poder intervenir directamente en ello. El dictamen 4.368 de 1994 precisa en la materia que:

“Si bien según Ley 18.695, art. 5, lt. c), compete a las Municipalidades administrar privativamente los bienes aludidos para el cumplimiento de sus funciones propias, las que deben orientarse a satisfacer las necesidades de la comunidad local, el control superior de aquellos corresponde al aludido Ministerio [de Bienes Nacionales], a fin de salvaguardar su uso común, puesto que su dominio pertenece a toda la Nación. Así, el deber impuesto por citado art. 19 [DL 1.939] a esa Secretaria de Estado, consistente en cuidar que los bienes nacionales de uso público se respeten y conserven para el fin a que están destinados, impedir que se ocupe todo o parte de ellos y que se realicen obras que hagan imposible o dificulten el uso común, se enmarca dentro de la función de control superior a que alude el art. 1 [DL 1.939] y no cabe confundirlo con la labor de administrar, siendo entonces su sentido y alcance el de preservar la característica esencial de esos bienes. Pero las disposiciones señaladas no han dotado al ministerio de facultades expresas para intervenir en los actos de competencia privativa de los órganos encargados de administrar dichos bienes, considerando además que, por mandato constitucional, las

municipalidades son entes autónomos cuyas funciones y atribuciones se definen en una ley orgánica constitucional”.

El alcance del control otorgado al Ministerio de Bienes Nacionales sobre quienes administran el patrimonio público lo precisa el dictamen 41.443 de 1995. No podrá, por ejemplo, dar una orden directa en materia administrativa, como por ejemplo invalidar un permiso o concesión administrativa. En cambio, sí podrá solicitar a tales entes públicos que ajusten su conducta a Derecho, señalándole las medidas para ello, aunque no podrá apremiarlos si desobedecen, pues carece de ese poder. Deberá en dichos casos recurrir a la Contraloría General de la República o los Tribunales Ordinarios de Justicia. Así, el mentado dictamen dispone que:

“[Aunque] el Ministerio de Bienes Nacionales tiene a su cargo el control superior de los bienes nacionales de uso público, carece, no obstante, de atribuciones para ordenar a las Municipalidades la suspensión de un procedimiento administrativo cuyo objeto sea licitar la concesión de tales bienes, o para invalidar o anular un acto de esta naturaleza, o para desconocer los títulos legítimamente otorgados por aquellas corporaciones. Ello, puesto que el deber que tal precepto consagra, se enmarca dentro de la función de control a que alude, la que no cabe confundir con la de administrar. Así, en virtud de sus atribuciones de control superior, ese Ministerio puede solicitar que se adopten medidas respecto de quienes, sin contar con un título legítimo, ocupen o realicen obras en los bienes aludidos, como, asimismo, que se paralice un procedimiento de concesión sobre los mismos, o que se invalide un permiso, concesión u otro acto sobre ellos. Tal petición, dado que esa Secretaría de Estado no cuenta con facultades para actuar directamente en la materia, debe formularse ante el órgano que tenga a su cargo la administración de los bienes, para que sea este quien adopte la decisión definitiva. Lo contrario significaría desconocer las atribuciones de los municipios y contravenir el principio de legalidad consagrado en la Constitución”.

Otra forma que el Contralor ha determinado que el Ministro de Bienes Nacionales realiza su función es ejerciendo la potestad que le otorga el artículo 1, inciso final, del D.L. 1.939. El dictamen N° 41.443 de 1993 puntualiza la materia, no necesitando mayor comentario:

“Alcance del inciso final del examinado art. 1 del DL 1939, conforme al cual las dudas que se originen respecto de la competencia en la administración de un bien nacional serán resueltas por el Ministerio de Bienes Nacionales, sin desmedro de las facultades de Contraloría, considerando que en la administración de tales bienes pueden intervenir otros entes estatales, es el de establecer que, en el caso de incertidumbre, es el Ministerio indicado el órgano facultado para resolver sobre cuál es el órgano competente para administrarlo, sin que ello obste a lo que sobre el tema pueda resolver esta entidad fiscalizadora”.

Este órgano fiscalizador también se ha referido ampliamente a las materias relativas a la administración de los bienes públicos. Esta se encuentra por regla general a cargo de las Municipalidades, salvo que la ley la entregue a otro órgano. Los dictámenes en esta materia dicen relación esencialmente con tres materias. Primero, delimitar la regulación que estas pueden realizar de tales viene, por ejemplo, mediante ordenanzas. Segundo, los usos privativos que estas pueden otorgar, como permisos o concesiones administrativas. Finalmente, a la conciliación entre la regulación del dominio público y las cargas que se imponen a este, por ejemplo, en los regímenes de ciertos suministros, como la electricidad o el gas por cañería. El dictamen N° 38.282 de 2009 es un ejemplo en la materia, relativo a si las Municipalidades pueden imponer a las compañías de telecomunicaciones la obligación de tender subterráneamente el cableado respectivo:

“Si bien las Municipalidades tienen competencia para administrar los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna y para dictar las ordenanzas que sean pertinentes para dicho fin, el ejercicio de tales atribuciones debe armonizar con el derecho a opción [tendido aéreo o subterráneo] que confiere aquel artículo [art. 18, Ley N° 18.168] a los

concesionarios de servicios de telecomunicaciones. Es así como los municipios podrían disponer que el tendido de las líneas de telecomunicaciones en determinadas zonas se realice en forma subterránea, siempre y cuando tal canalización se verifique con fondos municipales, toda vez que sólo en ese caso no se lesiona el derecho del titular de la concesión que ha elegido una opción diferente”.

Existe en esta materia, no obstante, un asunto que estimo no ha sido suficientemente tratado, que es la naturaleza jurídica de dichas cargas. Se les ha denominado servidumbres administrativas, como la de postación eléctrica, lo que es inexacto. La servidumbre es un derecho real en que un predio (sirviente) soporta un gravamen en beneficio de otro predio (dominante), de distinto dueño. El inconveniente es que las postaciones eléctricas no son inmuebles, aun cuando adhieran a la superficie, pues no acceden jurídicamente a ella. Tales postaciones son propiedad de la compañía, están destinadas al servicio público que debe otorgar y tienen un régimen especial, pues están afectas (accesorio) a la concesión de distribución eléctrica. De manera que el gravamen soportado por el predio sirviente, lo es en utilidad de una cosa mueble, afecta a un fin de utilidad pública. Otra objeción es que los derechos reales limitados sobre cosa ajena, categoría de la que participa la servidumbre, se entienden como desmembraciones de la propiedad. Esta comprensión no es problemática cuando la servidumbre administrativa se impone a predios particulares o fiscales, pero sí a bienes nacionales de uso público. Los últimos están sujetos a un régimen exorbitante, siendo la inalienabilidad una expresión de ello, por lo que un bien nacional no admite estos desprendimientos. De manera que, tales cargas no sustraen una facultad o potestad para entregarla a otro titular, sino que la comprimen o suprimen por una causa pública, modelando jurídicamente el dominio civil o público.

En consecuencia, si bien se les llama servidumbres administrativas, no tienen la misma naturaleza que las normadas por el Derecho civil, pues en realidad se trata de un título especial de uso privativo para fines que, siendo también públicos, difieren de los que tiene el demanio. Sin perjuicio de ello, la aplicación de las reglas civiles a las llamadas servidumbres administrativas será procedente, pero sólo por analogía jurídica y siempre que sea compatible con el fin que sirven.

d. La doctrina nacional.

Existen cuatro concepciones del dominio público en la doctrina: '*dominio eminente*', '*patrimonialismo*', '*funcionalismo*' y '*prestación social objetivada*'. En capítulos anteriores se señaló el planteamiento de cada una y se estudió la evolución histórica que tuvieron, por lo que queda referirse a su recepción en Chile. Con este cometido no se busca ahondar en el pensamiento de los autores respecto de los bienes públicos, sino sólo exponer sobre las corrientes existentes. Esto permite entregar una presentación ordenada del estado actual de la teoría general del dominio público en la doctrina nacional.

En el pensamiento de Andrés Bello se encontraba el '*dominio eminente*', en su moderna formulación hecha por Grocio, Pufendorf y Vattel. Ello se desprende de su obra '*Principios de Derecho de Gentes*' y, por tanto, es natural concluir que el redactor del Código Civil de 1855 lo impregnó con esta doctrina. A partir de las disposiciones de ese cuerpo normativo -en especial, su artículo 589-, los autores nacionales comienzan el estudio de los bienes nacionales y llegan a una doctrina estimada como tradicional. Esta debe, no obstante, abordarse con dos prevenciones, como acertadamente señala Cordero en el artículo '*Los bienes públicos en el pensamiento de Andrés Bello y en el Código Civil*'. Por un lado, que además de la tradición del dominio eminente, la dogmática tradicional se nutrió de otra influencia extranjera:

“En Chile, la doctrina del dominio público llegó de la mano del pensamiento original de Víctor Proudhon, que la entendía como el poder de regir y administrar las cosas que por ministerio de la ley están destinadas al uso de todos y cuya propiedad a nadie pertenece. Así, el Estado no tendría una titularidad, sino un poder soberano, de vigilancia o de policía, pero no la facultad de un propietario, ya que son bienes que están fuera del comercio”³⁹².

Por otro, que los razonamientos tradicionales presentan las siguientes características:

³⁹² CORDERO Quinzacara, Eduardo. 2017. *Los bienes públicos en el pensamiento de Andrés Bello y en el Código Civil Chileno*. Revista Jurídica. 14 (2), pág. 129.

“Respecto de los bienes nacionales de uso público, la doctrina chilena se pronuncia en términos más bien generales y ambiguos, al contrario de lo que ocurre con los bienes del Estado o fiscales”³⁹³.

Hechas estas consideraciones, corresponde principiar el estudio de la doctrina nacional sobre el dominio público. Ella comienza con las primeras obras que estudiaban el recién dictado Código Civil, las que meramente describían sus preceptos. Por ejemplo, en la *‘Instituta del Derecho civil chileno’* (1864), José Victorino Lastarria señalaba:

“Se denominan bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Cuando estos bienes pertenecen al uso de todos los habitantes, como las calles, el mar adyacente i sus playas, se llaman simplemente bienes públicos o bienes nacionales de uso público; i cuando su uso pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales”³⁹⁴.

En la segunda mitad del siglo XIX también nace la dogmática administrativa en Chile, con la publicación de los primeros trabajos en la materia. En *‘Principios elementales de Derecho administrativo chileno’* (1859), Santiago Prado Bustamante define y clasifica los bienes nacionales reproduciendo el artículo 589 del Código Civil. Sin embargo, el mérito de esta obra es expresar doctrinalmente, por primera vez, el cometido del Estado frente a los bienes públicos:

“El deber principal de la administración en cuento a los bienes nacionales de uso público, es velar por su conservación i mejora; impedir que el interés de particulares se sobreponga al general estorbando o menoscabando el uso común, todo con arreglo a las leyes i ordenanzas particulares que reglamenten el uso de esta especie de bienes”³⁹⁵.

³⁹³ CORDERO Quinzacara, Eduardo. 2017. *Óp. Cit.*, pág. 113.

³⁹⁴ LASTARRIA Santander, José Victorino. 1864. *Instituta del Derecho Civil Chileno*. Santiago, 2ª Edición, Gante, Imprenta de Eug. Vanderhaeghen, pág. 75-76.

³⁹⁵ PRADO Bustamante, Santiago. 1859. *Principios elementales de Derecho administrativo chileno*. Adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional, siguiendo el plan i la teoría de varios autores. Santiago, Imprenta Nacional, pág. 250.

Los manuales de inicios del siglo XX, destinados a la formación de abogados, también tratan descriptivamente los bienes nacionales. Así ocurre, por ejemplo, en el *Curso de Derecho Civil* (1930) de Alfredo Barros Errázuriz. No obstante, un pasaje del mismo sobre el dominio minero señala:

*“Las minas, cuyo dominio atribuye la ley al Estado, se encuentran en una condición especial [...] porque el Estado, que carece de la facultad de explotarlas o enajenarlas, **no tiene el dominio útil de ellas**, como sucede en los demás bienes fiscales”*³⁹⁶ (énfasis añadido).

De la terminología usada por el autor se deduce el conocimiento y uso de la teoría del dominio eminente. Si bien el Estado no contaba con el dominio útil, conservaba la ‘*potestas eminens*’, al igual que respecto de los bienes nacionales. Ambas cosas se diferenciaban en que los últimos son de uso público, mientras que los yacimientos no tienen ese destino.

El tránsito del estudio descriptivo al analítico sobre los bienes nacionales se realiza en los escritos especializados de inicios del siglo XX. Ellos emplean el dominio eminente y las ideas de Proudhon, pero también imperfectamente las de Hauriou³⁹⁷. Esta última afirmación se debe a que, por ejemplo, recogen de este la idea de ser la afectación al uso común la piedra sobre la que se construye el demanio. Sin embargo, los autores nacionales desechan considerar que existe una misma naturaleza para la propiedad privada y pública, diferenciándose esta última solo por su régimen especial. Ello se debe a que este planteamiento es incompatible con la ‘*potestas eminens*’, que como emanación de la soberanía es esencialmente distinta al dominio particular.

Las obras destacadas de este periodo provienen de autores de Derecho civil, como Luis Claro Solar (*‘Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado’*, 1898-1945) y Luis Urrutia Anguita (*‘Carácter y extensión del Derecho de uso que se tiene en bienes nacionales de uso público’*, 1915). Este último jurista, en la obra mencionada, escribía lo siguiente sobre el dominio público:

³⁹⁶ BARROS Errázuriz, Alfredo. 1930. *Curso de Derecho Civil. Primer año*. Santiago, 4ª Edición, Editorial Nascimento, pág. 307.

³⁹⁷ Véase en este sentido a CORDERO Quinzacara, Eduardo. 2017. *Óp. cit.*, pág. 129.

“La nación, no obstante, conserva y mantiene dominio directo o eminente en ciertos bienes, no en oposición a la propiedad particular, ni para contrarrestarla sobre ellos, sino para que de ordinario estén utilizados en bien común, sea por el uso y goce conjunto o discontinuo de los habitantes, sea, más ventajosamente, por el uso y goce incorporado al patrimonio particular”³⁹⁸.

Los manuales de enseñanza de mitades del siglo XX, en especial de Derecho administrativo, adoptaron las explicaciones descritas. Por ejemplo, escribe Enrique Silva Cimma en la obra *Derecho administrativo* (1959):

“Al Estado o las Municipalidades sólo corresponde la tuición, guarda y administración de dichos bienes, pero en manera alguna el dominio de los mismos, cuyos atributos, exclusividad, perpetuidad, etc., están entregados a todos los habitantes de la República, con las limitaciones naturales relativas al uso y goce de ellas”³⁹⁹.

Para concluir, corresponde referirse a la recepción en Chile de las concepciones alternativas al dominio eminente. Esta comienza aproximadamente a mediados del siglo XX y, en particular, con el recto intelecto de la teoría patrimonialista alcanzado por la doctrina nacional. Así, por ejemplo, Antonio Vodanovic Haklicka, quién en su obra recoge las clases de Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriba Undurraga, expresa la existencia de este planteamiento alejado de la doctrina tradicional:

“Se discute sobre quién es el propietario de los bienes nacionales de uso público. Conforme a una teoría, el Estado no tiene ninguna clase de derecho de propiedad sobre los bienes públicos; conforme a otra teoría, el Estado tiene un derecho que no difiere esencialmente del de la propiedad. Los partidarios de esta última teoría consideran que el Estado es el verdadero y único propietario de los bienes de dominio público, y que la división de los bienes en de dominio público y de dominio privado del

³⁹⁸ URRUTIA Anguita, Leopoldo. 1915. *Carácter y extensión del Derecho de Uso que se tiene en Bienes Nacionales de Uso Público*. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XII, N° 7, pág. 98.

³⁹⁹ SILVA Cimma, Enrique. 1959. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Santiago, Editorial Universitaria S.A, pág. 235

*Estado, se refiere simplemente al régimen al cual están sometidos esos bienes según la afectación que se les dé. El destino del bien no modifica su naturaleza*⁴⁰⁰.

En la dogmática administrativa, la corriente patrimonialista fue recibida por autores como Patricio Aylwin Azócar y Manuel Jara Cristi. Este último escribe en la obra *Derecho Administrativo* (1948):

*"A nuestro juicio, es la afectación al uso público la que sirve para diferenciar el dominio público del privado. En nuestro derecho son bienes nacionales de uso público aquellos que han sido afectados a ese uso por disposición de la Ley"*⁴⁰¹.

Las doctrinas del funcionalismo y de la prestación asistencial objetivada son las creaciones extranjeras más nuevas, recibándose tardíamente en Chile. En lo que respecta a la primera, destaca Vergara Blanco en el año 1999, señalando que:

*"A mi juicio, la tesis funcionalista es una correcta línea de análisis teórico-dogmático de los bienes públicos. En efecto, los bienes de 'dominio público', por sus especiales características de uso y aprovechamiento, de inalienabilidad e imprescriptibilidad, etc., se resisten a ser configurados en base al concepto de propiedad"*⁴⁰².

En cuanto a la otra tesis, Montt Oyarzún⁴⁰³ expone sobre la prestación asistencial objetivada en la obra *Dominio público* (2002):

"El dominio público se concibe así -siguiendo a Forsthoff- como una prestación asistencial objetivada, esto es, como una causa o justificación que el ordenamiento jurídico recoge a fin de imponer a la Administración la

⁴⁰⁰ VODANOVIC Haklicka, Antonio. 2001. *Óp. cit.* Tomo I. pág. 364-365.

⁴⁰¹ JARA Cristi, Manuel. 1943. *Derecho Administrativo*. Santiago, Impresos N. Avaria e hijo, Imprenta "Artes y Letras", pág. 177.

⁴⁰² VERGARA Blanco, Alejandro. 1999. *Naturaleza jurídica de los «bienes nacionales de uso público»*. *Ius Publicum*, Número 3, pág. 81.

⁴⁰³ Montt Oyarzún estima que, a partir de la concepción doctrinaria que sostiene, en Chile parte de los llamados bienes fiscales son en realidad bienes nacionales, por estar afectos a un servicio público. Los argumentos de esta postura se contienen en MONTT Oyarzún, Santiago. 2002. *Óp. cit.* Para una crítica de esta postura, véase CORDERO Quinzacara, Eduardo. 2017. *Óp. cit.*

*obligación de dar cumplimiento a una serie de deberes y cargas frente a los particulares*⁴⁰⁴.

Es importante advertir que el principal inconveniente que las teorías alternativas al dominio eminente encontraron para su llegada a Chile es el restringido artículo 589 del Código Civil. Este señala que los bienes nacionales están únicamente destinados al uso común y, de acuerdo a ello, el entendimiento tradicional era que las minas o las cosas afectas a un servicio público no participan de esta clase de cosas. Respecto de los primeros se afirmaba que estaban en una situación especial e inclasificable, lo que no da claridad sobre su inserción en el patrimonio de la Nación. En cuanto a los segundos, se les consideraba cosas fiscales, aun cuando estén sujetos a regímenes perfectamente calificables de demaniales (como las áreas silvestres protegidas). Con la admisión de teorías alternativas, se busca superar el limitado entendimiento del artículo 589 del Código Civil, mediante una comprensión dogmática del dominio público. Este es también el motivo de la crítica que se les hace, propia de un sistema de tradición continental como el chileno. Afirman que se trata de construcciones foráneas que no se condicen con las normas nacionales⁴⁰⁵. Esto ha llevado a renovar el interés en las fuentes históricas del dominio eminente. Así, por ejemplo, en '*Dominio Público, Bienes Públicos y Bienes Nacionales*' (2019)⁴⁰⁶, Cordero aprecia estas fuentes desde la evolución tenida por las técnicas del Derecho administrativo.

⁴⁰⁴ MONTT Oyarzun, Santiago. 2002. *Óp. cit.*, pág. 119.

⁴⁰⁵ Véase en este sentido a CORDERO Quinzacara, Eduardo. 2017. *Óp. cit.*, pág. 130 y sgts.

⁴⁰⁶ Véase CORDERO Quinzacara, Eduardo. 2019. *Dominio Público, Bienes Públicos y Bienes Nacionales*. Santiago, Editorial Tirant Lo Blanch.

CONCLUSIONES.

Para concluir el presente trabajo, estimo que es relevante realizar tres labores finales. En primer lugar, cotejar si los objetivos propuestos al comienzo de esta exposición se han o no verificado. En segundo lugar, plantear si se logró o no entregar una alternativa de entendimiento acabado sobre el dominio público y, en la afirmativa, sintetizar esta. En tercer y último lugar, señalar posibles líneas investigativas futuras, a partir del aporte que se ha buscado realizar con las anteriores páginas.

Esta tesis perseguía, en primer lugar, entregar un reporte sobre la teoría general del dominio público, lo que estimo ha sido satisfactoriamente logrado. Para ello, el primer capítulo trató profusamente el concepto, elementos, características, clasificación y régimen de esta institución jurídica. El capítulo segundo la abordó históricamente, desde sus orígenes en el Derecho romano, hasta la reciente doctrina y legislación de Francia, España y Alemania. Por último, el capítulo tercero trató acabadamente las fuentes jurídicas que en Chile rigen el dominio público. En ello destacó la Constitución Política de la República, el Código Civil, el D.L. N° 1.939 y la sistematización de las variadas normas que reglan concretos bienes públicos. Asimismo, se realizó un extenso análisis de la jurisprudencia reciente sobre el dominio público y una metódica exposición de la doctrina nacional sobre esta materia, desde sus orígenes hasta las más recientes publicaciones.

El segundo objetivo de este trabajo fue evidenciar ciertos aspectos controvertidos de la teoría general del dominio público, lo que estimo también fue correctamente realizado. Es así como el primer capítulo destina un apartado completo a la variada terminología que los autores ocupan al tratar el dominio público y, luego, da cuenta de la existencia de cuatro concepciones doctrinales sobre esta institución (dominio eminente, patrimonialismo, funcionalismo y prestación asistencial objetivada). En el mismo capítulo, al referirse a los elementos del demanio, se abordan sucesivas discusiones dogmáticas. La primera de ellas se da al tratar el elemento objetivo, en que se abordan las cualidades que la cosa debe reunir para integrar el patrimonio público. En el elemento subjetivo, se recoge la discusión respecto a quién sería el

titular de esta especie de propiedad (el Estado o la Nación) y, al hablar del elemento finalista, se ahonda en los distintos cometidos que esta institución puede tener. En el capítulo segundo, las controversias sobre la teoría general del dominio público quedan especialmente de manifiesto al tratar la época contemporánea de esta. Así, por un lado, se desarrolla latamente las distintas ideas que la doctrina sostiene sobre la naturaleza jurídica de esta institución, como también las diversas dificultades que la misma ha tenido en su aplicación y las dispares soluciones que, por ejemplo, entrega la jurisprudencia y doctrina francesa. Finalmente, el tercer capítulo da cuenta de los aspectos controvertidos de la teoría general del dominio público en Chile. Así, por ejemplo, al tratar la Constitución Política de la República, se refiere a la relación de la ley de publicación con la potestad reglamentaria, a la determinación que debe tener el bien en dicha ley, a la incidencia del principio de subsidiariedad en esta materia y a la regulación constitucional del régimen minero. En relación al Código Civil, se trató profusamente el origen del artículo 589 del mismo y los inconvenientes que este supone frente a la restante legislación del dominio público actualmente en vigor. Un último aspecto a considerar, tratándose de este objetivo del trabajo, es el apartado destinado a la doctrina nacional. Si bien ella no ha sido abundante en la materia, destaca porque en tiempos recientes ha comenzado a gestarse en ella una discusión sobre la naturaleza jurídica del dominio público.

El tercer y último objetivo de la presente tesis era proponer una forma de entendimiento, no sólo de los aspectos controvertidos ya nombrados, sino del dominio público en general. Estimo que este objetivo también ha sido debidamente logrado, lo que queda de manifiesto en la siguiente síntesis propuesta para la teoría general del dominio público que plantea este trabajo. La mencionada síntesis se ha elaborado a partir de cinco planteamientos sostenidos en el cuerpo de esta tesis, los que se enumeran a continuación. Primero, la situación del Estado frente a los bienes. Segundo, el concepto y elementos del dominio público. Tercero, la naturaleza jurídica del dominio público y el régimen demanial. Cuarto, las restricciones al establecimiento de bienes públicos en Chile. Finalmente, la recta interpretación del artículo 589 del Código Civil, atendida la actual situación de las leyes que rigen el dominio público. En

los siguientes párrafos, se desarrollarán sucintamente los mencionados planteamientos.

El primer planteamiento de la teoría general que este trabajo propone para el dominio público parte de la premisa que el propietario de una cosa es quién tiene el poder de decidir el disfrute que se hará de ella. En la propiedad particular, el Legislador entrega esa decisión a otro (el dueño), pero en el dominio público tal cuestión es resuelta por la misma ley, razón por la que es la Nación, a través del Parlamento que la representa, quién se apropia de la cosa pública. El Estado, sea frente a los bienes fiscales o demaniales, se encuentra en una situación diametralmente distinta a la que ocupa el propietario particular. Este último puede decidir el disfrute que hará de la cosa a su antojo, pero los organismos públicos sólo pueden destinar tal cosa al fin que la ley les impuso. De manera que, sea fiscal o pública la cosa, el Estado siempre ejerce una potestad al usarla para realizar los fines que le son propios y que imperativamente debe perseguir. La diferencia entre ambas clases de bienes se encuentra en los medios de que dispone el Estado para realizar tales fines. El patrimonio fiscal supone una potestad dada por la ley para que el órgano público invoque a su favor el Derecho civil, régimen jurídico que no le es propio. En cambio, el patrimonio público supone que estará vedado recurrir a este último, debiéndose únicamente emplear el Derecho administrativo en el disfrute de la cosa.

El segundo planteamiento propuesto para una teoría general es el concepto de dominio público y los elementos de ella. En el primer capítulo de esta tesis, se propuso definir el demanio como un '*conjunto de bienes determinados y aptos para integrarlo (elemento objetivo), afectos a un fin de utilidad pública (elemento finalista), correspondiendo al Estado la titularidad de su administración y a la Nación la titularidad del aprovechamiento o beneficio que reportan (elemento subjetivo), adoptándose por ley esta asignación y la sustracción del tráfico privado de tales bienes (elemento normativo-asignativo) para entregarlo a un régimen de disfrute administrativo, funcional al fin perseguido (elemento normativo-funcional)*'⁴⁰⁷. Esta definición pone de relieve lo que se estimó como esencial respecto a cada elemento del demanio. En

⁴⁰⁷ Véase la letra b., del número 3, del Capítulo I. Noción de Dominio Público, de esta tesis.

relación al elemento objetivo, destaca que la cosa debe ser determinada (una concreta porción de la realidad) y apta (permanencia de la cosa). Respecto al elemento finalista, se arguyó que el mismo no debe restringirse al uso directo e inmediato por los habitantes. El dominio público es una técnica del Derecho administrativo para el disfrute de los bienes, la cual puede emplearse sea para fines de uso directo, servicio público, fomento nacional o empresa estatal. Así, por ejemplo, el Estado puede incentivar una actividad económica mediante subsidios o franquicias tributarias. No obstante, podría también reservar a la Nación la propiedad del insumo esencial, sea para explotarlo directamente por el Estado o para incentivar que los particulares más eficientes lo hagan, mediante un sistema de asignación estatal a estos de títulos de uso privativo de dicho insumo. En lo tocante al elemento subjetivo, pone de relieve que es la Nación quién se apropia del bien, siendo el Estado quién lo administrará. Finalmente, el elemento normativo, que en su parte asignativa sustrae tal administración del Derecho privado y, en lo funcional, la entrega a un disfrute de Derecho público.

El tercer planteamiento hecho a la teoría general dice relación con la naturaleza jurídica del dominio público y el régimen que este conlleva. En el capítulo segundo, se propuso comprender el demanio como un cúmulo de títulos, formas y técnicas de intervención del Derecho administrativo. El título, o justificación normativa para la actuación del Estado, es el elemento normativo-asignativo (la ley que reserva el bien a la Nación). La forma, o justificación material para la actuación estatal, es el elemento finalista (el cometido público del bien reservado). Finalmente, la técnica, o modo en que el título se realizará para cumplir la forma o cometido, es la reunión de los elementos objetivo, subjetivo y normativo-asignativo. Esta comprensión pone de relieve que el dominio público es una cuestión de asignación o propiedad, pero esta es instrumental, puesto que una vez resuelta, queda al servicio del fin público que demandó su establecimiento. Esta dualidad de cuestiones que conlleva el demanio (asignativa y funcional) se ve reflejada en el régimen que gobierna este. Por un lado, este cuenta con un subsistema para proteger la asignación estatal, mediante la intransferibilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad, la tuición, cuidado y tutela administrativa, y las acciones judiciales protectoras. Cualquiera sea el

fin por el cual la cosa se haya reservado a la Nación, tal subsistema es el mismo. Esto se debe a que, en todos esos casos, el riesgo siempre es el mismo, consistente en sustraer la cosa a la titularidad estatal, lo que impide la realización del fin público que conlleva su existencia. Por otro lado, el régimen demanial cuenta con un subsistema de disfrute administrativo del bien público, el cual diferirá de acuerdo al cometido que tal cosa tenga asignado (uso, servicio, fomento o empresa). Los mencionados fines pueden, no obstante, agruparse en el uso directo e inmediato, la adscripción al servicio público, el uso privativo por particulares y el uso privativo por el Estado, sea este último en exclusividad o en iguales condiciones que los demás privados.

El cuarto planteamiento a la teoría general consiste en las restricciones que en Chile existen a la creación de bienes públicos, las que esencialmente son cuatro. Primero, la decisión debe adoptarse por ley de quorum calificado, lo que supone un alto consenso democrático. Segundo, la mencionada ley debe determinar el bien que será reservado a la Nación. En esta materia, se sostiene que el Legislador tiene discrecionalidad para dar forma al régimen de bienes en el país, no estando preordenada la decisión en esta materia por la Constitución. Esta únicamente requiere que, de reservarse un bien a la Nación, se determine sin lugar a dudas la porción de la realidad objeto de esta reserva, lo que puede realizarse no sólo mediante indicación nominal, sino mediante una fórmula genérica o incluso tácita. Tercero, la ley debe dictarse en interés nacional, lo que impide que la motivación de la ley sean sectores sociales específicos o que la misma tenga sólo aplicación restringida a una porción del territorio. Finalmente, al ser un contenido constitucionalmente intervenido, se exige un especial deber de justificación al Parlamento para estatuir bienes públicos. La justificación que este entregue será válida si se ajusta al principio de subsidiariedad, en el sentido débil propuesto en esta tesis, es decir, si la decisión es racional, adecuada, necesaria y proporcional al fin perseguido, pues la reserva de un bien a la Nación equivale a la privación de la libertad adquisitiva de los particulares.

El último planteamiento propuesto para la teoría general del dominio público, dice relación con la interpretación del artículo 589 del Código Civil. Este dispone que son bienes públicos únicamente los que se entregan al uso directo e inmediato de todos los habitantes de la República. De manera que las cosas entregadas a otros cometidos

públicos, aun cuando estén sustraídas al Derecho privado y entregadas a un régimen excepcional como el descrito, no serían parte del demanio. Esta interpretación tradicional se aleja de la actual realidad del Derecho chileno, en que existen bienes públicos destinados a otros cometidos, como las minas o las áreas silvestres protegidas. La forma en que este inconveniente puede solucionarse es admitir que, a partir del artículo 19, número 23, la Constitución Política de la República, puede construirse un concepto más amplio de bienes públicos. Son tales aquellos que se reservan a la Nación, sustrayéndose del tráfico privado y, en su lugar, se entregan al disfrute administrativo. El cometido del artículo 589 del Código Civil, en consecuencia, sería sólo dar cuenta de una clase o especie de bienes públicos (los destinados al uso directo).

En síntesis, en esta tesis se ha propuesto comprender el dominio público como una técnica de asignación de bienes y de poderes públicos para el disfrute de ellos, consistente en que la ley reserve tal bien a la Nación y encargue al Estado administrar el disfrute del mismo, para que sirva a un fin de utilidad pública, el que puede ser cualquiera de las actividades materiales de la Administración (uso, servicio, fomento o empresa) en que sea racional, adecuado, necesario y proporcional sustituir el régimen del Derecho privado por el régimen exorbitante de bienes previsto en el Derecho administrativo. A partir de esta proposición, es posible fijar próximas líneas de investigación, consistentes esencialmente en la aplicación concreta de esta teoría a concretas dependencias demaniales y, con ello, que la teoría general de paso a una teoría especial del dominio público.

BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación extranjera⁴⁰⁸.

Constitución francesa (1958).

Constitución española.

Constitución italiana.

Constitución (ley fundamental) alemana.

Loi relatif aux domaines nationaux, aux échanges, aux concessions et aux apanages
del año 1790, Francia.

Code civil francés.

Código civil español.

Código civil italiano.

Código civil alemán.

Código general de la propiedad de las personas públicas (Francia).

Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (España).

2. Legislación nacional⁴⁰⁹.

Constitución Política de la República

Código Civil

Código de Aguas

Código de Minería

Código Aeronáutico

⁴⁰⁸ Legislación disponible en www.legifrance.gouv.fr - www.boe.es - www.bundestag.de - www.gazzettaufficiale.it/

⁴⁰⁹ Legislación disponible en www.leychile.cl

Código de Procedimiento Civil

Ley N° 16.752 que fija organización y funciones y establece disposiciones generales de la Dirección General de Aeronáutica Civil.

Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales

Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual

Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras

Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones.

Ley N° 18.362 sobre Sistema de Áreas Silvestres Protegidas del Estado

Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades

Ley N° 19.175 Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional

Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente

Ley N° 19.542 Moderniza el Sector Portuario Estatal.

Ley N° 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmica

Ley N° 20.424 que reestructura el Ministerio de Defensa, sustituyendo las Subsecretarías de Ejército, Marina y Fuerza Aérea por una sola Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.

Ley N° 20.417 que crea el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

Ley N° 21.045 que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

D.L. N° 4.363 de 1931 de Tierras y Colonización, Ley de Bosques.

D.L. 2.222 de 1978 que sustituye la Ley de Navegación.

D.F.L. N° 292 de 1953 de Defensa, Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo.

D.F.L. N° 340 de 1960 de Hacienda, Ley de Concesiones Marítimas

D.F.L. N° 458 de 1975 de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones

D.F.L. N° 430 de 1992 de Economía, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.892 General de Pesca y Acuicultura.

D.F.L. N° 1 de 1993 de Hacienda, Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado.

D.F.L. N° 1 de 1993 de Transportes y Telecomunicaciones fijó el texto coordinado, sistematizado y refundido de la Ley Orgánica de la Empresa de Ferrocarriles del Estado.

D.F.L. N° 900 de 1996, Ley de Concesiones de Obras Públicas

D.F.L. N° 850 de 1998 fija el texto coordinado, refundido y sistematizado de la Ley Orgánica del Ministerio de Transportes (Ley N1 15.840) y de la Ley de Caminos Públicos (D.F.L. N° 206 de 1960)

D.F.L. N° 3 de 2006, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.039, Ley de Propiedad Industrial.

D.F.L. N° 4 de 2007, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 1 de 1982 de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos

D.F.L. N° 4 de 2007, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 1 de 1982 de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos

D.S. N° 1.157 de 1931 de Economía que fija texto definitivo de la Ley General de Ferrocarriles

D.S. N° 47 de 1992 de Vivienda y Urbanismo, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

D.S. N° 75 de 2004 de Obras Públicas, Reglamento del Contrato de Obra Pública

D.S. N° 9 de 2018 de Defensa, Reglamento sobre Concesiones Marítimas.

3. Doctrina extranjera.

ALVAREZ Gendín, Sabino. 1956. El dominio público: su naturaleza jurídica. Barcelona, Bosch

BALBÉ, Manuel. 1945. El concepto de dominio público. Barcelona, Bosch

- BALLANDRAS Rozet, Christelle. 2007. L'aménagement indispensable, un critère discutible de réduction du domaine public. AJDA
- BARCELONA Llop, Javier. 1995. Novedades en el régimen jurídico de los bienes públicos en Francia. Revista de Administración Pública, 137 (Mayo–Agosto)
- BÉNOIT, Francis Paul. 1977. El derecho administrativo francés. Madrid, Instituto de estudios administrativos
- BERMEJO Vera, José. 2001. Derecho administrativo. Parte especial. Madrid, Civitas
- BON, Pierre. 1998. El dominio público ante el derecho administrativo francés. Revista Chilena De Derecho. 25(2)
- CHINCHILLA Marín, Carmen. 2000. Estudios sobre dominio público y propiedad privada. Madrid, Marcial Ponz
- DÍEZ, Manuel María. 1963-1969. Derecho administrativo. Tomo IV. Buenos Aires, Bibliografía Omega
- DROMI, José Roberto. 1977. Derecho administrativo económico. 2 Tomos. Buenos Aires, Astrea
- DROMI, José Roberto. 1992. Derecho administrativo. Buenos Aires, Astrea
- DUGUIT, León. 1988. Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón. Valparaíso, EDEVAL
- ESCUÍN Palop, Catalina. 2004. Curso de derecho administrativo. Valencia, Tirant Le Blanch
- FLORES Dapkevicius, Rubén. 2010. Manual de derecho administrativo. Montevideo, La Ley
- FORSTHOFF, Ernst. 1971 (1975). El Estado de la Sociedad Industrial. Traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Madrid, Instituto de Estudios Políticos
- FORSTHOFF, Ernst. 1938 (1967). Sociedad industrial y Administración. Traducción de la Escuela Nacional de Administración Pública de Madrid. Madrid, Escuela de Administración Pública.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 1992. La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos). En *Revista de Administración Pública*. N° 38.

GARRIDO Falla, Fernando. 2001-2002. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II. Madrid, Tecnos

GORDILLO, Agustín. 2004. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Ciudad de México, Porrúa

GROCIO, Hugo. 1631 (1925). *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*. Traducción de Jaime Torrubiano Ripoll. Tomo I. Madrid, Editorial Reus

HAURIOU, Maurice. 2002. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris, Editions Dalloz

IPERT, Stéphane. 2008. L'évolution des articles 538-541 du Code Civil entre 1804 et 1807 et son impact sur la doctrine du domaine au XIX siècle. *Mémoire de Master de Recherche, Histoire des institutions et des idées politiques*, Université Paul Cézanne – Aix – Marseille III.

LÓPEZ Pellicer, José Antonio. 2002. *Lecciones de derecho administrativo*. Tomo II. Volumen II. Murcia, Diego Marín

MARIENHOFF, Miguel. 1996. *Permiso especial de uso de bienes de dominio público. Régimen jurídico de precariedad*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

MARIENHOFF, Miguel. 1993. *Tratado de derecho administrativo*. Tomos IV y V. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

MARIENHOFF, Miguel. 1960. *Tratado del dominio público*. Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina.

MAYER, Otto. 1905. *Le droit public allemand*. Tomo III. Paris, Libraires-editeur.

MAURER, Harmut. *Derecho Administrativo Alemán*. 2006 (2012). 16° Edición. Traducción de Gabriel Doménech Pascual (coordinador). México, Universas Autónoma de México

MAYER, Otto. 1905. *Le droit public allemand*. Tomo III. Paris, Libraires-Editeur

MOREAU Carbonell, Elisa. 2000. Régimen jurídico de las actividades extractivas en el Derecho alemán: Un sugestivo espejo para nuestro dominio público minero. *Revista de Administración Pública*, N° 152, mayo-agosto.

MUÑOZ Machado, Santiago. 2004. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Tomo IV. Madrid, Iustel

PAREJO Alfonso, Luciano. 1993. Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general. *Revista de Administración Pública*, 100-102 (Enero–Diciembre).

PAREJO Alfonso, Luciano. 2001. Reconstrucción de una teoría general del dominio público. En *Anuario Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Antofagasta*, 7.

POLICE, Aristide. 2008. *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*. Milán, AG

PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor. 1835. *Traite du domaine public ou de la distinction des biens*. Tomo II. Dijon, Libraire-éditeur

RIVERO Ortega, Ricardo. 2001. *Introducción al derecho administrativo económico*. Salamanca, Ratio Legis.

RODRÍGUEZ, Libardo. 2005. *Derecho administrativo: general y colombiano*. Bogotá, Temis

ROTA, Alessandro. 2007. *I beni demaniali dopo le riforme: proprietà del bene e titolarità della funzione*. Padua, CEDAM

SAINZ Moreno, Fernando. 1999. El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, ciento cincuenta años después de la fundación de la *Revista de Administración Pública*. *Revista de Administración Pública*, 150 (Septiembre-Diciembre):477-514

SANTAMARÍA Pastor, Juan Alfonso. 2002. *Principios de derecho administrativo*. Tomo II. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces

STOBER, Rolf. 1998. *Derecho administrativo económico*. Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas

VATTEL, Emer Von. 1775 (1920) *Del Derecho de Gentes*. Traducción de Manuel Pascual Hernández. Tomo I. Madrid, Imprenta Salamanca

VILLAR Ezcurra, José Luis. 1999. Derecho Administrativo Especial. Madrid, Editorial Civitas

VILLAR Palasí, José Luis. 1968. Derecho Administrativo. Introducción y Teorías de las Normas. Madrid, Universidad de Madrid

4. Doctrina nacional.

ACTAS Oficiales, Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. 1976-1988. Santiago, Gendarmería de Chile

AEDO Zapata, Milena Andrea. 2006. Casuismo en derecho administrativo: dominio público. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho

ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. SOMARRIVA Undurraga, Manuel. VODANOVIC Haklicka, Antonio. 2005. Tratado de los Derechos Reales. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 6° Edición

ALVAREZ Barros, María Eugenia. 1964. Naturaleza jurídica del uso común en los bienes nacionales de uso público. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho

ARMAS Cruz, René. Bienes nacionales. 1929. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho

AVELINO Hurtado, León. 1956. La capacidad y la voluntad en los actos jurídicos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

BARROS Errazuriz, Alfredo. 1930. Curso de Derecho Civil. Primer año. Santiago, 4° Edición, Editorial Nacimiento

BELLO López, Andrés. 1832. Principios de derecho de gentes. Santiago de Chile, Imprenta de la Opinión

BERMÚDEZ Soto, Jorge. 2010 (2011). Derecho Administrativo General. Santiago, 2° Edición, Thomson Reuters

BUSTAMANTE Garrido, María Fernanda del Carmen. 2012. Bienes: de las varias clases de bienes y del dominio: proyecto de actualización del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil y sus leyes complementarias. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho

CALDERA Delgado, Hugo. 2001. Tratado de derecho administrativo. Santiago, Ediciones Parlamento

CARMONA Santander, Carlos. 2001. Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control. En Revista de Derecho, N° 3, Consejo de Defensa del Estado, Santiago

CLARO Solar, Luis. 1898-1945. Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado. Tomo 6. Vol. I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

CONCHA Machuca, Ricardo. 2013. *El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de derecho público*. En Revista de Derecho, Vol. XXVI, N° 2

CORDERO Quinzacara, Eduardo. 2007. El derecho urbanístico: los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 29

CORDERO Quinzacara, Eduardo y ALDUNATE Lizana, Eduardo. 2008. Evolución histórica del concepto de propiedad. En Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Historia del Pensamiento Jurídico, Valparaíso

CORDERO Quinzacara, Eduardo. 2017. Los bienes públicos en el pensamiento de Andrés Bello y en el Código Civil Chileno. Revista Jurídica. 14 (2)

CORDERO Quinzacara, Eduardo. 2019. Dominio Público, Bienes Públicos y Bienes Nacionales. Santiago, Editorial Tirant Lo Blanch

CORDERO Vega, Luis. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago, 2° Edición, Editorial Thomson Reuters

DIAZ García, Iván. 2012. Igualdad en la aplicación de la ley: concepto, iusfundamentalidad y consecuencias. *Ius et Praxis*, 18 (2). Talca, Universidad de Talca

GARRIDO, Luis. 1926. Concesiones de bienes nacionales de uso público. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho

GUZMÁN Brito, Alejandro. 1997. Derecho Privado Romano. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

GUZMÁN Melo, Jacqueline Dánae. 2006. Los bienes nacionales de uso público frente a la teoría general del derecho: historia, concepto, naturaleza y dinámica concesional. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad Central, Facultad de Derecho

JARA Cristi, Manuel. 1943. Derecho Administrativo. Santiago, Impresos N. Avaria e hijo, Imprenta "Artes y Letras"

JARA Cristi, Manuel. 1948. Manual de derecho administrativo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

LASTARRIA Santander, José Victorino. 1864. Instituta del Derecho Civil Chileno. Santiago, 2° Edición, Gante, Imprenta de Eúg. Vanderhaeghen

LIRA Ovalle, Samuel. 1998. Curso de Derecho de Minería. Santiago de Chile, 3° Edición, Editorial Jurídica de Chile

MANTEROLA Fighetti, Francisco. 1945. Régimen legal de los bienes nacionales. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho

MERA Vásquez, Magdalena. 1995. Bienes nacionales de uso público relacionado con la jurisprudencia administrativa. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho

MONTT Oyarzun, José Santiago. 2002. El dominio público: estudio de su régimen especial de protección y utilización. Santiago, ConoSur Lexis Nexis

PANTOJA Bauzá, Rolando. 1996. Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. 2007. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

PRADO Bustamante, Santiago. 1859. Principios elementales de Derecho administrativo chileno. Adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional, siguiendo el plan i la teoría de varios autores. Santiago, Imprenta Nacional

REYES Riveros, Jorge. 1960. Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

SAMPER Polo, Francisco. 2003 (2007). Derecho romano. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2° Edición

SCHMITZ Vaccaro, Christian. 2009. Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses. Revista Chilena de Derecho, 36 (2). Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile

SILVA Cimma, Enrique. 1959. Derecho Administrativo. Tomo II. Santiago, Editorial Universitaria S.A

SILVA Cimma, Enrique. 1992-1996. Derecho administrativo chileno y comparado. Tomo V. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

URRUTIA Anguita, Leopoldo. 1915. Carácter y extensión del Derecho de Uso que se tiene en Bienes Nacionales de Uso Público. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XII, N° 7

VERDUGO Marinkovic, Mario. PFEFFER Urquiaga, Emilio. NOGUEIRA Alcalá, Humberto. 2005. Derecho Constitucional. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

VERGARA Blanco, Alejandro. 1990. Teoría del dominio público y afectación minera. Revista Chilena de Derecho, 17.

VERGARA Blanco, Alejandro. 1999. Naturaleza jurídica de los «bienes nacionales de uso público». Ius Publicum, 3.

VERGARA Blanco, Alejandro. 2004. El novísimo derecho de bienes públicos y recursos naturales en Chile. Publicatio, derechos reales administrativos. Revista de Derecho Administrativo, 49.

VERGARA Blanco, Alejandro. 2004. La summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980. *Ius Publicum*, 12.

VERGARA Blanco, Alejandro. 2006. El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral. *Revista Chilena de Derecho*, 33(2).

VERGARA Blanco, Alejandro. 2007. Naturaleza jurídica del subsuelo y potestades de la administración para disponer su utilización. *Revista de Derecho Público*, 69(2)

VERGARA Blanco, Alejandro. 2003. La liberación económica de los bienes y recursos naturales en Chile (a partir de 1980). *La Semana Jurídica*, 131 (Semana del 12 al 18 de mayo).

VODANOVIC Haklicka, Antonio. 2001. *Manual de Derecho Civil. Tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.

ZAPATA Hassi, Juan Francisco. 2016. *Hacia una protección amplia del patrimonio cultural en el ordenamiento jurídico chileno*. Concepción, Universidad de Concepción

ZUNIGA Urbina, Francisco. 2005. *Constitución y dominio público: dominio público de minas y aguas terrestres*. *Ius et Praxis*, 11(2)

5. Jurisprudencia extranjera⁴¹⁰.

Francia, *Conseil d'Etat., arrêt Guyard, 1842.*

Francia, *Conseil d'Etat., arrêt Commune de Monségur, 1921.*

Francia, *Conseil d'Etat., arrêt Ville de Pontivy, 1926.*

Francia, *Conseil d'Etat., arrêt Compagnie Nouvelle des chalets de commodité, 1931.*

Francia, *Conseil d'Etat., arrêt Ville d'Avalon, 1933.*

Francia, *Conseil d'Etat., arrêt Marecar, 1935.*

Francia, *Conseil d'Etat., arrêt Préfet du Maine-et-Loire, 1937.*

Francia, *Conseil d'Etat., arrêt Société Le Béton, 1956.*

⁴¹⁰ Jurisprudencia disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/>

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Ville de Nice*, 1956

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Dauphin*, 1959.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Berthier*, 1960.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Commune du Bugue*, 1960.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Ville de Toulouse*, 1961.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Trani*, 1962.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Lafon*, 1967.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Consorts Philip-Bingisser*, 1970.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Sieur Véricel et autres*, 1971.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Dame Gautheron*, 1971.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Verial*, 1971.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Eidel*, 1972.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Bissinger*, 1972.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *La Défense*, 1973.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Gozzoli*, 1975.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Abamonte*, 1975.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Gourdain*, 1979.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Bordeaux*, 1987.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Dupouy*, 1987.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Leparoux*, 1989.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Menu*, 1999.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Département de la Somme*, 2001.

Francia, *Conseil d'Etat.*, arrêt *Ministère de l'Intérieur*, 2007.

Francia, *Tribunal Administratif, Paris*, arrêt *Sieur Kergo*, 1971.

6. Jurisprudencia nacional.

a. Jurisprudencia constitucional⁴¹¹.

Causa rol N° 260-97, Tribunal Constitucional

Causa rol N° 1034-08- INA, Tribunal Constitucional

Causal rol N° 1141-08-INA, Tribunal Constitucional

Causa rol N° 1281-08-INA, Tribunal Constitucional

Causa rol N° 1669-10-INA, Tribunal Constitucional

Causa rol N° 1863-10-INA, Tribunal Constitucional

Causa rol N° 1869-10-CPR, Tribunal Constitucional

Causa rol N° 1888-10-INA, Tribunal Constitucional

Causa rol N° 1988-11-CPT, Tribunal Constitucional

Causa rol N° 2069-11-INA, Tribunal Constitucional

Causa rol N° 2433-13-INA, Tribunal Constitucional

Causa rol N° 2512-13-INA, Tribunal Constitucional

Causal rol N° 3958-17-CPR, Tribunal Constitucional

b. Jurisprudencia judicial⁴¹².

Causa rol N° 1449-2009, protección, Corte de Apelaciones de Santiago

Causa rol N° rol 154-2010, protección, Corte de Apelaciones de San Miguel

Causa rol N° 32-2011, protección, Corte de Apelaciones de Coyhaique

Causa rol 104-2015, apelación civil, Corte de Apelaciones de Temuco

Causa rol N° 67.463-2010, casación civil, Corte Suprema

⁴¹¹ Jurisprudencia disponible en www.tribunalconstitucional.cl

⁴¹² Jurisprudencia disponible en www.poderjudicial.cl

Causa rol 4.844-2014, casación civil, Corte Suprema

Causa rol 3.763-2016, casación civil, Corte Suprema

Causa rol N° 31.910-2016, apelación protección, Corte Suprema

Causa rol N° 67.463-2016, casación civil, Corte Suprema.

Causa rol N° 4.961-2017, casación civil, Corte Suprema

Causa rol N° 20.770-2018, casación civil, Corte Suprema

Causa rol N° 22.200-2018, apelación protección, Corte Suprema

Causa rol N° 25.143-2018, casación civil, Corte Suprema

Causa rol 4.291-2019, casación civil, Corte Suprema

Sentencia fecha 28 julio 1921, Gaceta Jurídica, 1921, 2° sem., N° 23; Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, t. 21, sec. 1°

Sentencia fecha 2 septiembre 1940, Corte Suprema, 1940, Gaceta Jurídica, 2° sem., N° 46

Sentencia fecha 17 septiembre 1971, Corte Suprema, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, t. 68, sec. 1°; Fallos del Mes N° 154, sent. 8°

Sentencia de fecha 24 agosto 1988, Corte Suprema, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, t. 85, sec. 5°, Fallos del Mes, N° 357, sent. 11°

Sentencia fecha 8 octubre 1990, Corte de Apelaciones de Concepción, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, t. 88, sec. 5°

c. Jurisprudencia administrativa⁴¹³.

Dictamen N° 58.485 de 1957, Contraloría General de la República

Dictamen N° 848 del año 1983, Contraloría General de la República

Dictamen N° 14.028 de 1986, Contraloría General de la República

Dictamen 24.985 de 1987, Contraloría General de la República

⁴¹³ Jurisprudencia disponible en www.contraloria.cl

Dictamen 4.659 de 1988, Contraloría General de la República

Dictamen 32.908 de 1989, Contraloría General de la República

Dictamen N° 41.443 de 1993, Contraloría General de la República

Dictamen 4.368 de 1994, Contraloría General de la República

Dictamen 41.443 de 1995, Contraloría General de la República

Dictamen 1.516 de 1998, Contraloría General de la República

Dictamen N° 38.282 de 2009, Contraloría General de la República

Dictamen N° 38.623 de 2016, Contraloría General de la República

7. Recursos electrónicos.

https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980

<http://www.bibliotecamuseodelamemoria.cl>

8. Otros.

Real Academia Española. 1992 (21° Edición). Diccionario de la Lengua Española. Dos tomos.

SABINO, Carlos. 1991. Diccionario de Economía y Finanzas. Traducción de Adriana Toro Vásquez. Caracas, Editorial Panapo