

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Cordero-Quinzacara, E. (2017). Los bienes públicos en el pensamiento de Andrés Bello y en el Código Civil chileno. *Revista Jurídicas*, 14 (2), 117-140.
DOI: 10.17151/jurid.2017.14.2.8.

Recibido el 10 de marzo de 2017
Aprobado el 28 de mayo de 2017

LOS BIENES PÚBLICOS EN EL PENSAMIENTO DE ANDRÉS BELLO Y EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

EDUARDO CORDERO-QUINZACARA** |

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es establecer cuál fue el pensamiento de Andrés Bello respecto de los bienes públicos y cómo se regularon en la codificación civil chilena, como paso previo y necesario para formular una teoría general de los bienes públicos en el derecho chileno. Para tal efecto, se sigue una metodología histórica dogmática, que considera la regulación y la obra de Bello previa al Código Civil de 1855, así como el pensamiento jurídico predominante en aquella época en Francia y España. El autor concluye que no es posible vincular el régimen de los bienes públicos en el Código Civil chileno con la teoría del dominio público desarrollada en Francia a partir de Maurice Hauriou, como tampoco con los aportes de la doctrina española posterior. Además, la importancia del análisis descansa en la influencia que ha tenido el Código Civil en la Constitución Chilena, que establece las bases del régimen jurídico de los bienes, y en donde la propiedad tiene un carácter general.

PALABRAS CLAVE: bienes públicos, bienes nacionales, teoría del dominio público, codificación.

* Este trabajo es parte de una investigación financiada por FONDECYT referida al proyecto "Análisis y revisión dogmática del derecho administrativo sancionador en Chile a partir de su parte especial" No. 1161741, vinculado a la protección de los bienes públicos.

** Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. E-mail: eduardo.cordero@ucv.cl.
Google Scholar. ORCID: 0000-0002-8433-5582.



THE PUBLIC GOODS IN THE THOUGHT OF ANDRÉS BELLO AND IN THE CHILEAN CIVIL CODE

ABSTRACT

The objective of this research is to establish what the thought of Andres Bello was regarding public goods and how they were regulated in the Chilean civil codification, as a previous and necessary step to formulate a general theory of public goods in Chilean law. For this purpose, a dogmatic historical methodology is followed, considering the regulation and the work of Bello, previous to the Civil Code of 1855, as well as the legal thought prevailing at that time in France and Spain. The author concludes that it is neither possible to link the regime of public goods in the Chilean Civil Code with the theory of the public domain developed in France from Maurice Hauriou nor with the contributions of later Spanish doctrine. In addition, the importance of the analysis lies in the influence that the Civil Code has had on the Chilean Constitution which establishes the bases of the legal regime of property, and where the property has a general character.

KEY WORDS: public goods, national goods, theory of the public domain, codification.

INTRODUCCIÓN

El estudio del régimen de los bienes públicos en los ordenamientos contemporáneos ha planteado serios problemas en su análisis y comprensión, más aún cuando aparece bajo la sombra de una teoría de enorme influencia, como ha sido la teoría del dominio público, la cual también ha planteado interesantes discusiones. Por esta razón, no deben extrañar afirmaciones tales como que “la extensión y régimen jurídico del dominio público en la actualidad resulta a todas luces paradójica” (González, 1998, p. 21), que su concepto se encuentra en crisis (González-Berenguer, 1968), que se haya calificado de inútil, complicada y tiránica (Dementhon, 1964), que podría desaparecer sin ningún inconveniente o que se haya postulado, incluso, su superación debido a la confusión que provoca y que se agrava cada día más (Nieto, 1964), o que es necesaria su reformulación (Fernández, 2014).

Esta discusión se ha trasladado incluso a Latinoamérica, en donde para algunos el concepto dominio público no nació como categoría jurídica o no siguió la lógica francesa o española en esta materia, como en el caso de Colombia (Pimiento y Santaella, 2015), que genera una confusión entre los bienes de uso público y los bienes de propiedad del Estado, como se ha sostenido en Perú (Martínez, 2000), o que no es posible determinar a cuáles bienes comprende en razón del uso directo o indirecto que le pueda dar la comunidad, como ocurre en Argentina (Gordillo, 2013).

En tal sentido, para comprender el régimen actual de los bienes públicos, resulta de interés analizar el origen y desarrollo de su régimen a partir de la regulación de uno de los códigos civiles de mayor influencia en Latinoamérica durante el siglo XIX, como fue el Código Civil chileno (CCCh) de 1855 a partir del pensamiento de su redactor, don Andrés Bello. Debemos recordar que esta obra es considerada el tercer código más antiguo del mundo, siendo el modelo utilizado en diversos países latinoamericanos (El Salvador en 1859, Ecuador en 1860, Colombia en 1887, Venezuela de forma breve desde 1860, Nicaragua entre 1867 y 1904, y Panamá desde su independencia de Colombia), además de ejercer influencia en la codificación argentina, uruguaya y paraguaya.

Nuestro punto de partida, y motivo de esta investigación, es la ausencia en Chile de una construcción dogmática que permita explicar de forma coherente o sistemática la naturaleza jurídica de la titularidad estatal sobre diversos tipos de bienes o recursos naturales. Por una parte, muchas de estas teorías se alejan de la distinción tradicional que en el derecho chileno se hace respecto de los bienes de

titularidad estatal. Por otra parte, las construcciones foráneas que aparecen como más atractivas, no se condicen con las fuentes positivas de dicho ordenamiento¹.

Ahora bien, los principales problemas que se tratarán en este trabajo parten del hecho que el Estado tiene bajo su cuidado y administración un conjunto de bienes destinados a satisfacer determinadas necesidades públicas o que responden a un interés común que no permite someterlos al régimen de la propiedad privada, como ocurre, por ejemplo, con las calles, plazas, caminos, etc. Junto a estos bienes el Estado aparece como titular patrimonial de otros, cuya adquisición, administración y disposición está sometida en gran parte al derecho común. La sistematización de este conjunto de relaciones se ha construido en el derecho chileno a partir de la distinción entre bienes nacionales de uso público o bienes públicos y bienes del Estado o fiscales, que ha influido en otros ordenamientos latinoamericanos². Por su parte, en el derecho español esta distinción se ha hecho entre bienes de dominio público y bienes patrimoniales.

El objetivo de este trabajo es establecer cuál fue el pensamiento de Andrés Bello en esta materia y la forma como se regularon los bienes públicos en la codificación civil chilena, que es un paso previo y necesario para formular una teoría general de los bienes públicos en dicho ordenamiento. Por lo demás, esta influencia ha llegado a la Constitución chilena, que reconoce las mismas categorías en sus disposiciones³.

En cuanto a la metodología a seguir en esta investigación, debemos señalar que se trata de un estudio histórico dogmático del régimen de los bienes públicos en la legislación civil chilena. Para tal efecto, se hará una relación de la legislación

¹ Los estudios tradicionales sobre el régimen de los bienes públicos en Chile se encuentran, en su mayor parte, en las obras generales de derecho civil en donde se hace una exposición general de la misma, sin entrar en mayores disquisiciones en torno a la naturaleza jurídica de la relación del Estado con los bienes públicos. Tampoco existe en las escasas obras generales de derecho administrativo chilenas mayor aporte sobre la materia, pues se limitan a la exposición del régimen jurídico que afecta a cada uno de estos bienes sin hacer mayor discusión a lo ya expuesto por la tradicional doctrina civil. Véase Claro (1898-1945, especialmente en p. 178, No. 156), en donde sostiene que “forman el *dominio público* del Estado los bienes cuyo dominio pertenece a la nación toda y su uso corresponde a todos los habitantes del Estado”, para exponer posteriormente lo que denomina *dominio público marítimo, terrestre, fluvial y aéreo*. En el mismo sentido y bajo idéntico plan de exposición se encuentra la obra de Alessandri y Somarriva (1991, pp. 95-124); Peñailillo (1997, pp. 54-61). Dentro de la doctrina administrativa. Véase: Silva (1995, pp. 270-295). Sin embargo, a comienzos de este siglo los trabajos de Alejandro Vergara Blanco (Vergara, 1989, 1992, 1997, 1999, 2001) y Santiago Montt Oyarzún (Montt, 2001), le han dado un mayor aporte y solidez científica a esta materia, que podría haber abierto una discusión del todo interesante acerca de la naturaleza y el régimen jurídico aplicable, cuestión que no ha sucedido.

² La redacción del artículo 589 del CCch aparece también en los artículos 571 de El Salvador (1859); 604 de Ecuador (1857); y 674 del Código Civil de Colombia (1887). Alguna influencia se nota en el artículo 2.339 del Código Civil de Argentina (1869), aunque el Código de 2015 utiliza la denominación dominio público, para distinguirlo del dominio privado del Estado (artículos 235 y 236).

³ La Constitución de Chile dispone en su artículo 19 No. 23 que se asegura a todas las personas: “*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. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución*”.

vigente al momento de la dictación del CCch, particularmente de la legislación castellano-indiana y la forma cómo fueron regulados los bienes que no son de titularidad privada, para determinar si en esta materia Bello habría sido original o habría recogido otras categorías históricas. No existiendo una fuente directa que nos pueda dar una respuesta a esta interrogante, se toma el pensamiento de Bello a partir de su *Tratado de Derecho Internacional*, y luego se hará un análisis de la interpretación que la doctrina ha hecho, para contrastarla con el pensamiento predominante en la época, particularmente en Francia y España. En este punto, resulta fundamental establecer el alcance que tendrían las concepciones patrimoniales sobre los bienes públicos y la figura del dominio eminente, que también ha provocado una confusión en esta materia.

Con estos elementos podremos comprobar nuestra hipótesis central: la originalidad de Bello en esta materia sólo se limitó a la terminología utilizada, pero no al contenido o sentido que tenían los bienes públicos en la doctrina francesa y española de la primera mitad del siglo XIX —aunque no hubiese utilizado los términos del Código Napoleón—, recurriendo para tal efecto a algunas de las categorías romanas. En definitiva, el aporte que hizo Bello en esta materia fue más de sistematización y de innovación parcial en la terminología utilizada, pero en lo sustancial sigue el pensamiento predominante de la época.

Por otra parte, pensamos que en esta materia la novel legislación chilena habría sido más afortunada con respecto a los ordenamientos comparados, aunque la doctrina no ha sacado todas las consecuencias que derivan de las normas vigentes y se ha visto influenciada por las elaboraciones dogmáticas españolas y francesas. Por tal razón, antes de recepcionar cualquiera de estas doctrinas, es conveniente hacer una reconstrucción de los bienes públicos a partir de la concepción original todavía vigente en el CCch y que se ha trasladado a la Constitución, puesto que el régimen de los bienes resulta muy relevante para determinar la función que tiene el Estado frente a la sociedad y el ámbito de libertad que se reconoce a la iniciativa de los particulares. Una teoría de los bienes públicos debe responder adecuadamente a este equilibrio, que permita garantizar el interés público y respetar un ámbito de libre de decisión de los particulares en el uso y aprovechamiento de los bienes⁴.

⁴ En este sentido es interesante lo resuelto por el Tribunal Constitucional Español, que ha fijado un conjunto de reglas en la configuración del estatuto jurídico de los bienes, en cuya virtud el legislador debe delimitar el régimen de los bienes sobre la base del principio de proporcionalidad, no pudiendo situar fuera del comercio cualquier bien o género de bienes si no es para servir de este modo a finalidades lícitas que no podrían ser atendidas eficazmente con otras medidas. Cfr. Sentencia No. 227, de 29 de noviembre de 1998. Bien se ha señalado que de diversas disposiciones de la Constitución se desprende que, por regla general, los bienes son apropiables, como consecuencia necesaria del principio general de libertad y de libre desarrollo de la personalidad (artículos 10.1 y 17.1 CE) y de sus concretas manifestaciones —en el orden económico-social— en los derechos al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (artículo 35.1 CE) y a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (artículo 38 CE). Véase Parejo (2001), p. 107.

Para desarrollar esta investigación, vamos a analizar en primer término la distinción que se ha hecho respecto de bienes que no están en titularidad privada, esto es, de los bienes comunes, los bienes públicos y los bienes fiscales (2); para luego determinar cómo dichos bienes fueron comprendidos en el pensamiento de Andrés Bello (3); haciendo un análisis particular de la figura del dominio eminente en su pensamiento (4). Con estos antecedentes, veremos cómo se ha introducido la teoría del dominio público en la doctrina chilena y las críticas que se puedan formular a su respecto (5), para retomar el sentido que tendría actualmente, rescatando la concepción del dominio eminente para explicar la relación que tiene el Estado con los bienes públicos, como parte del pensamiento predominante durante la primera mitad del siglo XIX (6). Para finalizar, haremos una relación de las principales conclusiones de este trabajo (7).

EL ORIGEN DE LA DISTINCIÓN ENTRE BIENES COMUNES, BIENES PÚBLICOS Y BIENES FISCALES

Hasta la sanción del CCch, el *corpus* de derecho civil en Chile se encontraba en las *Leyes de Toro* y en su derecho supletorio contenido en el *Fuero Real* y, especialmente, en las *Partidas*. Además, estos dos últimos códigos eran un trasunto y una manifestación del derecho romano, sin perjuicio de la aplicación supletoria del *Corpus Iuris*. En general, estos cuerpos normativos fueron confirmados después de la independencia de Chile, aunque también fueron objeto de algunas modificaciones y derogaciones parciales para ajustarlos al nuevo régimen republicano⁵.

De esta forma, el régimen básico de los bienes públicos era prácticamente idéntico al existente en España en la misma época, es decir, se aplicaban las normas de las *Partidas* que distinguían entre cosas comunes a todas las bestias, a todas las criaturas, como también a los hombres, otras que pertenecen tan solamente a todos los hombres, otras que pertenecen apartadamente al común de alguna ciudad, otras que señaladamente pertenecen a cada hombre y otras que no pertenecen a señorío de ningún hombre⁶.

Sin embargo, en el tiempo intermedio entre la independencia de Chile y la entrada en vigencia del Código Civil, no se dictó ninguna norma relevante respecto de los bienes públicos, a diferencia de lo ocurrido en España respecto de las aguas, minas, ferrocarriles y obras públicas. De esta forma, el CCch de 1855 establece *ex novo* el régimen jurídico básico de los bienes públicos, sin recibir directamente ninguna influencia de normas previas a su publicación que, en el caso de los bienes públicos, como hemos dicho, eran prácticamente inexistentes.

⁵ Guzmán (1998, pp. 39-64) y Guzmán (2000, pp.149-175).

⁶ Véase: Leyes 2.^a y 6.^a del Título XXVIII; Ley 7.^a del Título XXIX y la Ley 23.^o del Título XXXIII, todas de la Partida 3.^a

Por lo demás, el CCch constituyó el principal cuerpo normativo del siglo XIX de donde surgieron los conceptos y clasificaciones que siguen y desarrollan las leyes posteriores y la vigente Constitución chilena. El CCch es un notable producto de la codificación decimonónica y, en cuanto tal, intenta cerrar el sistema jurídico respecto de los bienes incorporando normas de naturaleza indudablemente administrativas⁷.

Ahora bien, este cuerpo normativo se hace cargo del régimen de los bienes en su Libro II que trata **“De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce”**, distinguiendo entre el estatuto de los bienes en cuanto a los títulos y formas de relación material que las personas pueden asumir respecto de ellos. De los artículos 585 y 589 del CCch se desprenden tres categorías de bienes que no son objeto de titularidad privada: a) bienes comunes, b) bienes nacionales de uso público o bienes públicos, y c) bienes del Estado o bienes fiscales:

Artículo 585. 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 a apropiárselas.

Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional”.

Artículo 589. 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.

EL PENSAMIENTO DE ANDRÉS BELLO Y LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES

De la lectura de las normas del CCch, aparece una distinción entre bienes comunes, bienes nacionales de uso público y bienes del Estado o fiscales. En este caso, aparece con todo, evidencia que su redactor no siguió en esta materia al Código Civil francés, ya que no acoge la expresión dominio público y menos aún asume

⁷ En este sentido, es conocido el comentario de Pedro Lira Urqueta al Título III, *“De los Bienes Nacionales”* que “aquí hay preceptos no únicamente civiles, sino administrativos, y aun de sabor internacional”. Cfr. Código Civil de la República de Chile. T. 1, en Bello (1954, p. 416).

estrictamente los términos dominio nacional o de la Nación de la ley francesa de 1790. En el Título III del Libro II utiliza la expresión “bienes nacionales”⁸.

Tampoco la historia fidedigna del CCch nos entrega elementos de juicio que sean determinantes, ya que sólo contamos con algunas notas que hizo el propio Andrés Bello. Por otra parte, no se conservan actas de las discusiones de la Comisión Revisora del proyecto, pues el Congreso Nacional de Chile aprobó en bloque y casi sin discusión el texto propuesto por el gobierno, que era en definitiva el fruto del trabajo de Bello. De esta forma, los antecedentes que se pueden encontrar acerca de la concepción de los bienes públicos se deben buscar en las obras del padre de la codificación chilena y de las posibles influencias que hubieran determinado la redacción de tales preceptos.

Para algunos autores, en esta materia Bello habría mirado, seguramente, categorías francesas, a través de tratadistas franceses de la época, y en gran medida, habría sido original, a raíz de que los antecedentes españoles son escasos y poco precisos⁹. Así, se concluye que el artículo 589 recogería en parte la terminología *domaine national* que proviene del decreto de la Asamblea de 22 de noviembre -1º de diciembre de 1790 *relatif aux domaines nationaux, aux échanges et concessions et aux apanages*, pero el sentido o alcance del mismo sería obra de su propio pensamiento, que se puede encontrar en su famoso *Tratado de Derecho Internacional*, el que tendría una clara influencia de la obra de Emmer de Vattel, específicamente de su *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqué à la conduite et aux affaires des Nations et des Soverains*¹⁰.

⁸ No hay constancia expresa que Andrés Bello hubiera manejado o tenido a la vista la Ley francesa de 1790 en esta materia o los comentarios previos y posteriores a su recepción en el *Code civil*, aunque la doctrina no duda de ello, ya que la gran cantidad de referencias que hace en los proyectos del CCch darían cuenta de un cabal conocimiento de los antecedentes legislativos franceses y de su doctrina (Bello, 1954). Véase: Vergara (1992, nota 432, p. 215), en donde afirma que: “resulta claro que en esta materia Bello se aparta del *Code* de 1804, modelo en otras, a pesar de ser perfectamente conocidos los antecedentes legislativos y doctrinales franceses por Bello, lo que resulta de las múltiples referencias en los proyectos respectivos [...] Por lo que algo de estos comentarios habrá asimilado. Así, si bien varió la terminología (no siguiendo en esta sentido la francesa del *domaine public*; siguiendo sí la de *domaine nacional*), tuvo muy en cuenta la clara diferencia asignada a esas categorías frente al dominio privado [...]”, termina afirmando que resultaría claro que Bello, cuando elaboró su concepto del dominio del Estado (especialmente de las minas, que es el objeto principal del su estudio) lo hizo perfectamente consciente de seguir la tradición española, y en este sentido concordante con la francesa, en cuanto a que sobre el dominio público no cabe hablar de propiedad privada pues “*ne sont pas susceptibles d’une propriété privée*”.

⁹ Como bien lo señala Vergara, 1992, p. 215, si se sigue un comentario de Pedro Lira Urqueta en Bello, 1954, el artículo 589, el CCch podría estar inspirado en Escriche (1831), pudiendo ser la edición de 1831, 1838 o 1847, pues las posteriores de 1860 y dos de 1876 no pudieron haber sido conocidas por Bello al momento de redactar el CCch. En todo caso, las tres ediciones antes mencionadas no contienen variaciones a este respecto, y en ellas se define la voz *Bienes públicos* como “los que en cuanto a la propiedad pertenecen a un pueblo o nación, y en cuanto al uso a todos los individuos del distrito. Tales son los ríos, riberas, puertos y caminos públicos [...]” (Escriche, pp. 74-75). Debido a lo escueto del comentario no se pueden sacar del mismo muchas conclusiones, de hecho, no hay mención alguna a la expresión “bienes nacionales” y menos aún a la partición de la misma en “bienes nacionales de uso público” y “bienes del Estado o fiscales” que utiliza Andrés Bello.

¹⁰ Véase: Vergara (1992, pp. 213-220).

No obstante, es posible sostener que la originalidad de Bello en esta materia sólo se limitó a la terminología utilizada, pero no al contenido o sentido que tenían los bienes públicos en la doctrina francesa y española de la primera mitad del siglo XIX —aunque no hubiese utilizado los términos del Código Napoleón—, recurriendo para tal efecto a algunas de las categorías romanas.

Es claro que en las disposiciones redactadas por Bello se vinculan varias tradiciones. Utiliza la distinción hecha por Marciano, entre *res communes omnium*, *res universitatis*, *res nullius* y *res singulorum*¹¹, y la formulada por Celso, entre *res publicae in publico usu* y *res publicae in pecunia populo* (siendo absorbidas, a partir del Principado, por el *fiscum caesaris*, dando lugar a la *res in patrimonio fisci* o *res fiscales*, Digesto 18.1.6.pr.; Inst. 2.20.4.). Incluso, coincide casi plenamente con la clasificación que hace Jean Domat entre cosas comunes, cosas públicas (que comprende las cosas de las ciudades) y bienes del Príncipe o Soberano¹², y que sigue, por lo demás Víctor Proudhon en pleno siglo XIX al hablar de cosas comunes, cosas públicas y cosas privadas¹³.

EL DOMINIO EMINENTE EN LA DOCTRINA DE ANDRÉS BELLO

Para probar nuestra hipótesis debemos recurrir, en primer lugar, al *Tratado de Derecho Internacional* en donde Bello se hace cargo de la relación del poder soberano con los bienes, utilizando la visión reformuladora del concepto de dominio eminente proveniente del racionalismo jurídico. A este respecto sostiene:

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 concedió 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. (Vattel, 1834, p. 244)

¹¹ Las *res communes omnium* comprende aquellas cosas que por la naturaleza o por Derecho natural (*natura o naturali iure*) no pueden ser objeto de propiedad por los particulares, pero son comunes a todos en el disfrute y aprovechamiento, como el aire, el agua corriente, el mar y el litoral (Cfr. D. 1.8.2 pr.-1; Inst. 2.1. pr.-1). Las *res communes omnium* fueron recogidas originalmente dentro de las *res publicae*, hasta que Marciano formula esta categoría, la que es recogida posteriormente por Justiniano en sus Instituciones [Inst. 2.1.1. y D. 1.8.2. pr. 1. (Marcian. 3 inst.)]. Sin embargo, los autores están de acuerdo en que las *res communes omnium* constituyen una categoría ambigua y de marcado valor filosófico, ya que algunas de las cosas que se incluyen en ella son consideradas en varios textos como *res publicae*, esto es, propiedad del pueblo romano. Cfr. D. 43.8.2.9. y 50.16.112. Véase: Ortega (1992, p. 16); Castán (1996, p. 33). Para Alejandro Guzmán Brito esta categoría sería una noción personal del citado jurista, influida por ideas estoicas según las cuales el mar y el litoral marino son bienes que a todos pertenecen y que nadie puede apropiárselos en particular, como de hecho ocurre con el aire [(Guzmán, 1997, p. 444). Cfr. Cicerón, *Por Rosc. Am.* 26.72; *De Ofic.* 1.16.52; Sen., *De benef.* 4.28]. Por su parte Volterra (1998) señala que la conciliación entre la categoría afirmada por Marciano y las distinciones de las *res* expuestas por los otros juristas romanos puede encontrarse apoyándose en las ideas económicas comunes.

¹² Véase: Domat (1756), especialmente la Sección I y II, Título III, Libro Preliminar de “Las Leyes civiles”.

¹³ Véase: Proudhon (1833, pp. 82).

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 éste, en virtud del cual puede el soberano disponer no sólo de los bienes públicos, sino también de las propiedades de los particulares, si la salud o la conveniencia del Estado lo requieren.

Emana de este dominio la facultad de establecer impuestos, y el derecho de expropiación, por el cual se dispone de una propiedad particular para algún objeto de utilidad pública, indemnizando al propietario.

Para Bello, el soberano tiene el poder de disponer de todas las especies de bienes, ya sea que estén bajo su poder por constituir bienes públicos, ya sean de titularidad privada. Y este poder de disposición sobre bienes públicos se comprende dentro del poder del soberano como algo “semejante al de los particulares”, aunque no de forma idéntica, por la distinta posición que corresponde a uno y a otro respecto del derecho, así como por la distinta función que están llamados a cumplir estos bienes respecto de las que denomina “propiedades particulares”.

A partir de esta distinción, se puede concluir que la disposición de los bienes públicos, en cualquier circunstancia, se ejerce a través del poder soberano del Estado, que Bello denomina “*dominio eminente*, o simplemente *dominio*”.

Bello sigue en esta concepción de la soberanía a Vattel (1834), quien sostenía —en el mismo sentido— que:

[...] 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” [...] además del dominio eminente, la soberanía da un derecho de otra naturaleza sobre los bienes públicos, comunes y particulares, y es el derecho de mandar en todos los lugares del país que pertenecen a la nación¹⁴. (p. 242)

A partir de esta primera aproximación, se puede sostener que para Bello la naturaleza de la relación entre el Estado y los bienes públicos se encontraría en el poder soberano que ejerce el Estado, que no es sino el mentado “dominio eminente”. Prueba de ello se encuentra en la naturaleza de los bienes que integran esta categoría, esto es, que estén destinados al uso colectivo o común. Para confirmar esta afirmación es necesario ir al capítulo II de la obra de Bello, que se titula “De los bienes de las naciones”, en donde el sentido de la distinción entre los bienes públicos queda aún más claro. El pasaje en cuestión dice lo siguiente:

¹⁴ Vattel (1834, p. 242, n.ºs. 243-244). Vattel recibió —por su parte— una enorme influencia del racionalismo jurídico, especialmente de Hugo Grocio, quien configuró el concepto jurídico de “dominio eminente” en su obra *De iure belli ac pacis* (1625), acogida posteriormente por Samuel Pufendorf, Vinnio, Crusius, Diescau, Boehmer, Bynkershoek, Tomaso, Huber y Noodt. A este respecto se puede consultar Nicolini (1952), que es la obra más completa que se ha escrito sobre esta materia y que han seguido Vergara (1992, pp. 220-225), quien ha escrito además un artículo titulado *Sobre Grocio, aquel gran inventor de conceptos jurídicos y las aporías del dominio eminente*, en Vergara (1989, pp. 337-346) y Barrientos (2000, pp. 41-53).

Los bienes de la *nación* son de varias especies. Los unos pertenecen a individuos o a comunidades particulares (como a ciudades, monasterios, gremios) y se llaman bienes *particulares*; los otros a la comunidad entera, y se llaman *públicos*. Divídense estos últimos en bienes *comunes de la nación*, cuyo uso es indistintamente de todos los individuos de ella, como son las calles, plazas, ríos, lagos, canales; y bienes *de la Corona o de la República*, los cuales o están destinados a diferentes objetos de servicio público, verbigracia las fortificaciones y arsenales, o pueden consistir, como los bienes de los particulares, en tierras, casas, haciendas, bosques, *minas*, que se administran por cuenta del Estado; en muebles; en derechos y acciones.

Este párrafo encuentra también su origen en la obra de Vattel (1834) para quien

[...] todo lo que es susceptible de propiedad se presume que pertenece a la nación [...], pero la nación no posee todos estos bienes de la misma manera. Los que no están divididos entre las comunidades particulares o los individuos de la nación, se llaman “bienes públicos”; los unos están reservados para las necesidades del Estado, y hacen el dominio de la corona o de la república; los otros quedaron comunes a todos los ciudadanos, que se aprovechan de ellos, cada uno según las leyes que reglan su uso, y se llaman bienes comunes. (p. 236)

La distinción original de Bello, que parte del supuesto de que todos los bienes se encuentran sujetos al poder soberano o dominio eminente del Estado, distingue entre: a) *bienes particulares*, que pertenecen a sujetos privados, ya sean individuales o colectivos, y b) *bienes públicos*, que son los que pertenecen a toda la comunidad. Estos últimos se dividen a su vez en b. i) *bienes comunes de la Nación*, que se caracterizan por su uso común, y en donde fusiona, en principio, los denominados *res comunes omnium* (ríos, lagos, canales) y las *res publicae* (calles, plazas), y b. ii) *bienes de la Corona o de la República*, los que se dividen, a su vez, entre los que están *destinados a objetos de servicio público* (fortificaciones o arsenales) o son sólo de su *uso particular* (tierras, casas, haciendas, bosques, minas, etc.).

Esta distinción se acerca más a la adoptada definitivamente por el CCch en su artículo 589, con la única diferencia de que extrae la *res comunes omnium* de los bienes comunes de la nación, colocándolo en una disposición separada (artículo 585 CCch) y los *bienes de la Corona o de la República*. A pesar de la distinción que hace respecto de estos bienes, Bello prefiere no confundirlos con los bienes de uso común, pues son bienes ‘patrimoniales’ o de propiedad del soberano (lugar que pasa a ocupar el Estado en lugar de la Corona), aun cuando unos hayan estado tradicionalmente destinados a un servicio público, mientras que otros integraban regalías menores o eran meramente patrimoniales, sin estar sujetos a ninguna afección. Bello abandona este criterio de distinción y opta por el del uso común como elemento determinante para establecer el carácter público de un bien o, como él denominará, “bien nacional de uso público”.

Así, nuestro autor habría optado por no aplicar un régimen excepcional a los bienes patrimoniales del Estado (denominados fiscales), quizás por la dificultad que existe al tratar de determinar qué bienes están afectos a la satisfacción de un servicio público y cuáles no, o por las influencias que puede haber recibido en aquella época. Las razones de esta opción no son fáciles de esclarecer y la especulación en torno a ellas pueden variar de forma extrema, ya sea que se considere que Bello pensaría que los bienes patrimoniales del Estado estarían sujetos igualmente a un régimen jurídico-administrativo exorbitante destinado a velar por su correcta administración y disposición, sin que fuera necesario dictar normas como el *Edicto de Moulins*¹⁵, o fuera partidario de un régimen más uniforme y, a la vez, más liberal, en la administración y disposición de los bienes patrimoniales del Estado. Lo definitivo fue que Bello optó por un régimen excepcional aplicable sólo a los bienes sujetos a un uso público, quedando los demás bienes de titularidad estatal (bienes fiscales) sometidos a las normas civiles ordinarias, sin perjuicio de la aplicación de un régimen especial en lo relativo a su administración y disposición¹⁶. Esto ha determinado, además, que la aplicación de un régimen jurídico que implique la inalienabilidad y la inembargabilidad de bienes patrimoniales requiera de texto expreso, como ocurre con las minas¹⁷.

LOS BIENES FISCALES A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DOMINIO PÚBLICO Y SU CRÍTICA

El artículo 589 del CCCh distingue lo que denomina bienes fiscales o bienes del Estado, señalando que son aquellos “cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes”. En general, la doctrina¹⁸ y la legislación¹⁹ han entendido que

¹⁵ Este edicto está vinculado a la regla de la inalienabilidad de los bienes de la Corona durante la Baja Edad Media. En efecto, existían un conjunto de derechos y atribuciones que eran esenciales al reino (*iura regni*), y cuya conservación era necesaria para que estos subsistan, siendo una obligación fundamental del rey, basada en la lealtad y el respeto de los distintos estamentos, de conservar inalterado dicho patrimonio común. Es en consideración a tales deberes, que las Cortes y el rey sancionaron leyes pactadas 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, 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 famoso Edicto de Moulins, durante el reinado de Carlos IX, que consagra la inalienabilidad de todos los bienes de la Corona, sin distinción entre ellos.

¹⁶ Este es el sistema seguido por legislación chilena. Véase: Decreto Ley No. 1.939, de 1977, que establece normas sobre adquisición, administración y disposición de Bienes del Estado, sin perjuicio del régimen de bienes de los Gobiernos Regionales (Ley No. 19.175) y de las Municipalidades (Ley No. 18.695).

¹⁷ El artículo 19 No. 24.6 CPR establece que: “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas [...]”, disposición que es reproducida en la LOCCMi No. 18.097 y en el Código de Minería de 1983.

¹⁸ Uno de los primeros comentarios en este sentido se puede encontrar en Chacón (1878, p. 59), quien sostiene que los bienes fiscales, a diferencia de los de uso público, se rigen por los principios generales del derecho, pues ellos componen el patrimonio del Estado. En el mismo sentido se pronuncia Vera (1892-1897, pp. 98-100). Sin embargo, la opinión más determinante y de mayor influencia fue la formulada por Claro (1898-1945), las que siguen la mayoría de la doctrina civil y administrativa. Entre estos últimos. Véase: Varas (1948, p. 187); Merino (1936, p. 262); Jara (1943, p. 169); Silva (1995, p. 271).

¹⁹ Según los artículos 11, 26 y 29 del DL No. 1.939, de 1977, los bienes fiscales o bienes del Estado, que pertenecen a éste en conformidad al artículo 590 del CCCh, o que éste haya adquirido a cualquier título, se rigen por el “derecho común”, al igual que todo otro bien privado.

sobre estos bienes el Estado tiene la calidad de propietario, sujeto a las normas del derecho común, sin perjuicio de las normas especiales que puedan regir su adquisición, administración y disposición. Sin embargo, parte de la doctrina chilena ha tratado de distinguir dentro de los bienes fiscales aquellos destinados a un servicio público, de aquellos que no lo están. En el primer caso, aquellos bienes formarían parte del “dominio público”, junto con los bienes nacionales de uso público, pasando a ser inalienables, imprescriptibles e inembargables. Si bien se puede discutir la utilidad de esta posición²⁰, nos interesa determinar si realmente esta interpretación se corresponde con el sentido y alcance del artículo 589 del CCch, más aún cuando se busca su justificación en la doctrina del dominio público y en el pensamiento de Andrés Bello.

En Chile, la doctrina del dominio público llegó de la mano del pensamiento original de Víctor Proudhon²¹, 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. Aquella posición no se contrapone con la concepción del CCch respecto de los bienes nacionales de uso público y se aprecia en los trabajos de los civilistas Leopoldo Urrutia²² y, de forma más expresa, en Luis Claro Solar²³, aunque recogiendo simultáneamente y no de forma armónica el pensamiento de Proudhon y de Hauriou. Entre los administrativistas, Santiago Prado²⁴ sólo hace una referencia general a la clasificación de los bienes y destaca el deber general que tiene el Estado respecto de ellos, no reproduciendo estrictamente el pensamiento del español Manuel Colmeiro, de quien era seguidor y en el cual late claramente el pensamiento de Proudhon. Quizás esta concepción se puede apreciar, en alguna medida, en las obras de Guillermo Varas Contreras²⁵ y Enrique Silva Cimma²⁶.

Por su parte, la concepción patrimonialista del dominio público formulada por Maurice Hauriou y que rápidamente desplazó en Francia la concepción proudhudiana, no ha sido generalmente compartida o son pocos los autores que se han manifestado en esta línea, como sucede con Manuel Jara Cristi²⁷, Patricio Aylwin

²⁰ En efecto, en el ordenamiento chileno se admite la inembargabilidad de bienes de propiedad privada sobre la base de bienes jurídicos que el legislador quiere proteger. Además, no se justifica una regla de imprescriptibilidad, porque aquello supone que el bien ha sido poseído por terceros, lo que le priva de todo destino a un servicio público. Por último, también el ordenamiento considera formas de enajenación de estos bienes sujeto a su desafectación.

²¹ Véase: Proudhon (1833).

²² Véase: Urrutia (1915, pp. 145-154).

²³ Véase: Claro Solar (1898-1945, pp. 170-247).

²⁴ Véase: Prado (1859, pp. 249-250).

²⁵ Véase: Varas (1948, p. 183).

²⁶ Véase: Silva (1995, pp. 272-274).

²⁷ Véase: Jara (1943, p. 177).

Azócar²⁸ y Jorge Reyes Riveros²⁹. El problema es que esta teoría entiende los bienes de dominio público como aquellos que están destinados a un servicio público, y que en el lenguaje del CCch tienen la calidad de bienes fiscales o patrimoniales. Así, nuestros autores sólo utilizan la expresión dominio público respecto de los bienes nacionales de uso público, mas no de los bienes fiscales. A esta posición se le ha denominado la teoría tradicional.

Sin embargo, esta interpretación ha sido fuertemente criticada por autores como Santiago Montt, para quienes la interpretación tradicional no tiene ningún fundamento cierto y constituye una construcción doctrinaria sin base legal y, por ende, perfectamente sustituible por otra nueva más adecuada al ordenamiento constitucional³⁰. Para esta posición, en Chile es aplicable la teoría del dominio público y aquella comprende parte de los bienes fiscales: aquellos destinados a un servicio público, los cuales serían inalienables, imprescriptibles e inembargables, al igual que los bienes nacionales de uso público. Para comprender esta tesis, analizaremos cada uno de sus argumentos y haremos un comentario crítico de ellos de forma inmediata.

En primer lugar, se afirma que las razones históricas que fundamentan la teoría tradicional son falsas, porque la categoría romana de la *res fisci* fue una situación única y particular del derecho romano. Así, esta tesis no sería histórica ni jurídicamente correcta en el campo del derecho administrativo, debido a la enorme variabilidad e incompatibilidad de las instituciones públicas a lo largo de la historia, y en particular el hecho que el Estado no sea hoy un sujeto de naturaleza privada³¹. Sin embargo, pensamos que este punto no parece ser el objeto central de la discusión, puesto que la adopción de la distinción entre bienes de uso público y bienes fiscales, en una época marcadamente liberal como fue el siglo XIX, aporta un argumento a favor de la concepción romana. Más aún, el silencio que guarda Bello respecto de esta cuestión llama la atención, pues en sus trabajos previos había considerado de forma independiente a los bienes afectos a un servicio público sujetos a un régimen especial, pero luego no sigue esta posición en la regulación del CCch. En definitiva, no existen argumentos sólidos para descartar la influencia de los bienes fiscales o *res fisci* formulados en el derecho romano, menos aún si aquella guardaba mayor compatibilidad con el régimen liberal vigente al momento de redactarse el CCch.

²⁸ Véase: Aylwin (1960-1961, pp. 110-111).

²⁹ Véase: Reyes (1960, pp. 35-36).

³⁰ Véase: Montt (2001, p. 247).

³¹ Véase: Montt (2001, p. 248).

En segundo lugar, se sostiene que la sinonimia entre bienes nacionales de uso público y bienes públicos no es razón para suponer la identidad de bienes fiscales y bienes privados. En el mismo sentido, para Celso la *res in pecunia populi* eran una subcategoría de la *res publicae*. Para Vattel eran bienes públicos todos aquellos poseídos por la Nación. Para Escriche (1831) —autor que habría seguido Bello— los bienes públicos eran aquellos “en cuanto a la propiedad pertenecen a un pueblo o nación, y en cuanto al uso a todos los individuos del distrito. Tales son los ríos, riberas, puertos y caminos públicos” (p. 583), redacción que habría influido en el artículo 589 CCch³². Por último, en los *Principios de Derecho Internacional* Bello habría dejado perfectamente claro que los bienes del Estado se dividen entre bienes afectos a los servicios públicos y bienes poseídos como cualquier particular. En consecuencia, del origen “del concepto de *bienes públicos* puede perfectamente concluirse que su identificación con los bienes nacionales de uso público no reviste ninguna significación especial, ni aun menos permite concluir que los bienes que no son públicos son bienes privados” (Montt, 2001, pp. 249-250). Sin embargo, todos estos argumentos parecen ser bastante forzados, además no son del todo convincentes e incluso algunos son contradictorios. No son convincentes, porque no explican la razón por la cual Bello ha preterido el adjetivo de *bienes públicos* respecto de los bienes del Estado o fiscales. Además, los argumentos que se entregan pueden ser perfectamente utilizados en contra de la misma tesis, como prueba de un cambio de opinión o de terminología, que no deja de ser determinante a este respecto. Es contradictorio, porque cita el pensamiento del autor español Joaquín Escriche, para quien sólo eran bienes públicos los destinados al uso público, lo que era, por lo demás, la opinión generalmente aceptada sobre esta materia durante gran parte del siglo XIX en España, antes de la entrada en vigencia del Código Civil, como lo demuestra el pensamiento, entre otros autores, de Colmeiro (1850). Esta opinión era, además, la dominante en el mismo período en Francia, primero con Marie Pardessus en 1806, pero sobre todo con Proudhon, cuya influencia en la doctrina española es generalmente reconocida. No obstante, no sólo se cita a Escriche como una consulta aislada que podría haber hecho Bello, sino que también sostiene que el pensamiento de Pardessus y Proudhon no habría influido en el autor del Código, lo que a la luz de los antecedentes expuestos y de la redacción definitiva del artículo 589 CCch, parece haber sido una posibilidad sino directa, por lo menos mediata³³.

³² Véase: Escriche (1831, p. 583).

³³ Montt (2001, p. 231). A este respecto este autor señala: “El Código utiliza la expresión *bienes nacionales* [...] la utilización de dicho concepto también estaba presente en todos los proyectos de Código, con lo cual la ideología matriz que inspira la regulación de los *bienes nacionales* ya estaba afinada, al menos a 1843. A partir de este elemento, se puede concluir que el autor de libro *De los bienes* —presumiblemente Bello— no conocía, o al menos no estaba influido, por el *Traité du Domaine Public* de Proudhon escrito en 1833, obra en la cual se inventó el concepto moderno de dominio público. El tenor del Código y la proximidad de fechas, permiten presumir, con relativa seguridad, que nuestro Código Civil no fue escrito bajo el influjo de la nueva doctrina del dominio público”.

En tercer lugar, se afirma que no existe ninguna disposición en el CCch que afirme que los bienes fiscales se rigen por el derecho civil o que constituyan el dominio privado del Estado. La única disposición sustantiva del CCch que permite en apariencia aseverar que los bienes fiscales son de derecho privado es el artículo 2497, en cuya virtud los bienes del Estado se pueden adquirir por prescripción adquisitiva. Sin embargo, se sostiene que en ningún caso puede concluirse que los *bienes del Estado* a que se refiere el artículo 589 sean prescriptibles, sino únicamente que los bienes intransferibles no lo son (artículo 2498 CCch). Conforme a esta opinión, “los bienes afectos a un servicio público son intransferibles, entonces se concluye que los mismos son imprescriptibles (artículo 2498) sin que sea obstáculo el hecho de que sean de propiedad del Estado (artículo 2497)” (Montt, 2001, pp. 251-252). Sin embargo, también esta interpretación no resuelve un punto importante, como es el dato positivo que consagraría la intransferibilidad de los bienes afectados esencialmente a un servicio público, más aún si la propia Constitución exige que cualquier limitación a la libertad para adquirir toda clase de bienes debe ser establecida en virtud de una Ley de quórum calificado (artículo 19, No. 23 CPR). El propio Bello ha preterido a los bienes objetos de servicio público, *v. gr.* las fortificaciones y arsenales, de manera que forzar la distinción privaría de todo sentido y efectos al artículo 589 CCch.

De esta lectura detenida de cada uno de estos argumentos, es posible concluir que el objetivo de quienes plantean esta posición es, en definitiva, superar la interpretación tradicional que ha hecho la doctrina, principalmente civil, diseccionándola de tal forma que pueda coincidir con un supraconcepto, que es en este caso el de dominio público. Sin embargo, no señala bajo qué lógica o sentido quedaría el mentado artículo 589 dentro de esta nueva interpretación, dando la impresión de que sólo se busca privarlo de todo efecto, para acomodarlo a un concepto de dominio público no reconocido en el derecho positivo y que, dada su naturaleza, impone una excepción importante al régimen general de aprovechamiento de los bienes, como es la propiedad.

Por último, se extraña en estos trabajos alguna referencia a la legislación extra Código que, no obstante, goza del mismo rango y en donde el criterio sigue siendo el tradicional, como ocurre con el Decreto Ley No. 1.939, de 1977, en donde se establece expresamente que los bienes fiscales o del Estado se rigen por el derecho común, salvo excepciones (artículos 11, 26 y 29).

Por tanto, salvo esta opinión, todavía es mayoritaria en la doctrina chilena la opinión que, respecto de los bienes fiscales, el Estado tiene la calidad de propietario, quedando estos bienes sometidos al régimen ordinario contemplado en el propio CCch para su adquisición, administración y disposición³⁴, sin perjuicio de las

³⁴ Claro (1898-1945, p. 175, No. 153 y pp. 247-266, Nos. 223-244); Alessandri y Somarriva (1991, pp. 97-101); Peñailillo (1997, p. 56, No. 46), y Silva (1995, p. 272).

normas administrativas especiales que se aplican de forma preferente, cuyo régimen común está contenido en el mencionado Decreto Ley No. 1.939, de 1977³⁵.

LA CONCEPCIÓN ORIGINAL DE LOS BIENES PÚBLICOS: EL DOMINIO EMINENTE DE LA NACIÓN Y EL PENSAMIENTO PREDOMINANTE EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX

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. En el CCch tampoco existe algún pronunciamiento sobre la naturaleza del título o potestad que tiene el Estado sobre los bienes nacionales de uso público o bienes públicos, limitándose a decir que respecto de ellos “su uso pertenece a todos los habitantes de la nación” (artículo 589).

La interpretación sistemática de diversas normas contenidas en el CCch (a la que se agrega con posterioridad un precepto constitucional especial), nos llevan a sostener que este vínculo no es reconducible al derecho de propiedad, pues su régimen jurídico se caracteriza por la inalienabilidad e imprescriptibilidad³⁶, lo que los deja fuera del régimen de apropiabilidad y es totalmente incompatible con el concepto de propiedad o dominio que el propio CCch se encarga de definir³⁷.

Sin embargo, para algunos autores la naturaleza de esta relación jurídica era concebida por Andrés Bello como un tipo de propiedad. Al respecto, se ha señalado que para Bello (como se citó en Vergara, 1992):

La naturaleza de estos dominios, siguiendo la doctrina imperante en la época —‘patrimonialista’, con influencia de la conocida cosificación introducida por el pensamiento civilista—, es una verdadera propiedad, algo distinta a la privada, pero propiedad al fin y al cabo. (p. 216)

³⁵ Además de los *bienes del Estado*, son *bienes fiscales* los bienes privados de los Gobiernos Regionales, esto es, aquellos que integran su “patrimonio propio” (artículo 100 inc. 3º CPR). A este respecto, se aplica LOCGAR, en especial su artículo 70. De la misma forma, son bienes fiscales los bienes privados de las Municipalidades que integran su “patrimonio propio” (artículo 107 inc. 2º CPR), y que se rige por la LOCM, especialmente por su artículo 27, en donde explícitamente se dice que estos bienes se sujetan a las normas de derecho común.

³⁶ El régimen de la inalienabilidad e imprescriptibilidad se desprende de un conjunto de normas del propio Código que complementa sólo a los “bienes nacionales de uso público”, ya que no pueden ser objeto de dominio al encontrarse fuera del comercio humano, mientras que los “bienes fiscales” —a *contrario sensu*— son jurídicamente comerciables y alienables. Las disposiciones de las que se extrae este régimen son los artículos 1464 No. 1 (hay un objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio); 1810 (pueden venderse todas las cosas corporales o incorpóreas, *cuya enajenación no esté prohibida por ley*); 2498 (se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el *comercio humano*, y se han poseído con las condiciones legales).

³⁷ Nos referimos al art. 582 del CCch que dispone: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”.

Además, se sostiene que la influencia francesa pre-proudhoniana fue determinante, especialmente a través de Delvincourt, quien escribió en 1819 su célebre *Cours de Code civil*, integrando el grupo de autores franceses que no distinguían el *dominio público* y el *dominio del Estado*. Por lo demás, en las diversas disposiciones en donde se hace alusión a los bienes públicos, se habla de *dominio* de la nación, *dominio nacional* o *propiedad nacional* (artículos 589, 593, 599, 600, 602 y 605 CCch). El Proyecto de 1853 de CCch sólo consideraba inapropiables, por naturaleza, las cosas comunes a todos los hombres y, por destinación, la *res sacrae*, aunque posteriormente haya eliminado tal categoría (artículos 689, 690 y 691 CCch). Interpretando *a contrario sensu* estas disposiciones, se debería entender que todos los demás bienes son apropiables, incluidos los bienes nacionales. En alguna medida también esto se mantendría en los artículos 585 y 1105 CCch, que distinguen entre las cosas no apropiables y los bienes nacionales de uso público como dos categorías distintas³⁸. Por último, en su obra *Principios de Derecho Internacional* Bello afirmaba que había dos especies de dominio inherente a la soberanía, uno de los cuales era “semejante al de los particulares, que es el que se ejerce sobre los bienes públicos” (Bello, 1954, p. 82), lo que también sostuvo en sus *Instituciones de Derecho Romano*, en donde afirmaba que las “cosas públicas son aquellas cuya propiedad es de un Estado o Nación particular” (Bello, 1959, p. 46).

No obstante, en nuestra opinión el elemento fundamental en este tema no es estrictamente una cuestión patrimonial, sino que la naturaleza que adquiere dicha titularidad, en este caso atribuida a la nación. Para parte de la doctrina, la titularidad de la nación se expresa técnicamente en las titularidades y potestades propias de las administraciones públicas, que es, en definitiva, la titularidad del Estado³⁹. Como bien se señala, la atribución de esta titularidad a la nación responde a razones históricas, pues se entendía que era un símbolo de lo público. De esta manera, con ello se designaba al titular o usuario de los bienes de dominio público que son de uso general y se hacía más rotunda la diferencia entre dominio público y patrimonio privado del Estado⁴⁰. Lo cierto es que la atribución de la titularidad a la nación, en cuanto sujeto indeterminado, es la atribución de una titularidad (aunque se conciba en sentido patrimonial) a ningún sujeto o persona concreta. En definitiva, era una técnica bastante elemental con la cual se justifica la atribución de poderes

³⁸ Montt (2001, pp. 231-234). Este es uno de los puntos que José Luis Cea Egaña crítica al autor en el prefacio a su obra, señalando: “[...] no puedo silenciar una opinión diferente en punto a la identificación que el Sr. Montt hace de los de Estado y Nación. Así lo sostiene en diversas páginas [...] Estimo, por el contrario, que es nítida la diferencia entre los dos conceptos aludidos, la cual debe mantenerse en vigor para evitar, v. gr., que la Sociedad Civil, el no Estado o Comunidad Nacional terminen absorbidas por un subsistema, esto es, el Estado-Gobierno”. Además, el propio Montt Oyarzún señala que “[...] el concepto nación, como también el concepto de soberanía que es el que le acompaña habitualmente en la explicación, son conceptos más bien políticos que jurídicos”, olvidando que su dimensión jurídica-constitucional es absolutamente relevante, teniendo una clara significación jurídica, sin perjuicio de su dimensión política. Basta con sólo recordar lo dispuesto en el artículo 5° *CPR*, que atribuye la soberanía a la nación y no al Estado, con todas las consecuencias que esto implica.

³⁹ Véase: Montt (2001, pp. 139-143)

⁴⁰ Gallego, Menéndez y Díaz (1986, pp. 347-349).

o facultades a los órganos del Estado, no en cuanto titular patrimonial, sino en cuanto guarda y custodia de dichos bienes. El titular era la nación o la comunidad toda, pero el que debía velar por la integridad de estos bienes y por la función pública a la cual le confieren su sustrato material era el Estado. A partir del aporte de Santi Romano se puede comprender mejor que es la vía de las potestades y no la de los derechos subjetivos, la que permite dar una explicación más coherente del funcionamiento de la administración pública en el marco del Estado de Derecho. Por tanto, la titularidad de los bienes públicos, especialmente los de uso común, no se puede comprender desde una perspectiva patrimonial, sino como potestades atribuidas a los órganos de la Administración. En el caso del CCch, Bello no hizo más que utilizar esta vieja técnica decimonónica, iniciada en parte por la doctrina francesa, pero sobre todo por la doctrina y legislación española de mediados del siglo XIX, esto es, el dominio de la nación.

Además, otra prueba de que la concepción del dominio de la nación sobre los bienes de uso público no fue una creación original de Bello se encuentra en la estrecha relación que existe entre *dominio eminente* y *dominio de la nación*. La concepción clásica del dominio público en el derecho español se basó durante la primera mitad del siglo XIX en un *dominio eminente de la nación sobre las cosas que, por su naturaleza o su destino, están destinadas al uso público*⁴¹. Un autor de gran autoridad como la de Colmeiro (1850) afirmaba a mediados del siglo XIX que “[...] los bienes públicos pertenecen al dominio eminente, se derivan del derecho de soberanía y comprenden todas las cosas que no son propiedad de los individuos ni de las corporaciones” (pp. 5-8). De esta manera, como bien señala González Sanfiel (2000):

[...] la noción que sobre el dominio público reinaba en este momento se refería a unos bienes que se encontraban destinados al uso público y general, tales como las riberas del mar, los ríos, etc., y que no se *encontraban realmente apropiados* sino que sometidos al *dominio eminente* de la Nación [...] Con ello, se distingue claramente unos bienes de dominio público no patrimonializados sometidos al dominio de la Nación (uso público), de unos bienes de propiedad privada del Estado, es decir, patrimonializados, que tienen acceso al registro (servicio público). En definitiva, el dominio del Estado se concibe como un *ius eminens*, señorío, poder, potestad, *imperium* sobre unos bienes destinados al uso general y público [...]. (pp. 60-61)⁴²

⁴¹ En este sentido, entre los comentaristas de la época véase: Colmeiro (1850, pp. 5-6); Escriche (1831, pp. 74-75); Martínez (1858, p. 463). Esta peculiar concepción histórica ha sido, por lo demás, reconocida por autores como Gallego *et al.* (1986, pp. 327-329); González García (1998, pp. 25-30); González Sanfiel (2000, p. 57-62). Sobre el dominio eminente. Véase: Carro González (1981). En relación con los títulos habilitantes para la conservación y defensa de los bienes públicos. Véase: Font I Llovet (1990, pp. 27-32).

⁴² En el mismo sentido, Gallego *et al.* (1986), a quien se debe el mérito de haber enfrentado con una serie de antecedentes históricos los antecedentes del dominio público en el Código Civil español.

Por tal razón, en el caso español, el concepto de dominio público ocupó el lugar que tenía en la doctrina española la figura del dominio eminente durante la primera mitad del siglo XIX, o como acertadamente señala Gallego *et al.* (1986) “[...] el concepto de dominio público vino a sustituir la vetusta expresión dominio eminente, que no era sino una manifestación del Señorío como imperio o poderío, y no como propiedad” (p. 337).

Andrés Bello estuvo claramente influido por estas concepciones, como lo demuestran los pasajes de su *Tratado de Derecho Internacional*, en donde identifica la soberanía con el *dominio eminente*, señalando que “[...] la facultad de disponer, en caso necesario, de cualquier cosa contenida en el Estado, se llama *dominio eminente*, o simplemente *dominio*” (Bello, 1954, p. 82), para sostener después que:

[...] 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 éste, en virtud del cual puede el soberano disponer no sólo de los bienes públicos, sino también de las propiedades de los particulares, si la salud o la conveniencia del Estado lo requieren. (Bello, 1954, p. 82)

Es decir, la relación con los bienes públicos era comprendida por Bello como una manifestación del poder soberano, semejante al que tenían los particulares sobre sus bienes, más no idéntico. Además, como señala poco después, “los bienes *comunes de la nación*” son aquellos cuyo uso es indistintamente de todos los individuos de ella, como son las calles, plazas, ríos, lagos, canales, frente a los bienes *de la Corona o de la República*. De esta forma, Bello seguía la extendida concepción de que los bienes públicos (en este caso los bienes destinados al uso común o colectivo), pertenecían al *dominio eminente* de la nación.

En la redacción definitiva del artículo 589 CCch aparece claramente la influencia de la concepción española, que de forma mediata significa también la influencia francesa proudhoniana, aunque se abandona definitivamente la expresión *dominio eminente* y se mantiene la de *dominio de la nación* bajo la expresión *bienes nacionales*, como aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda, la que es casi idéntica a las expresiones utilizadas por el jurista español Joaquín Escriche, quien desde 1831 definía los bienes públicos como “[...] los que en cuanto a la propiedad pertenecen a un pueblo o nación, y en cuanto al uso a todos los individuos del distrito. Tales son los ríos, riberas, puertos y caminos públicos [...]” (Escriche, 1831, pp. 74-75).

Probar la influencia directa por parte de la doctrina proudhoniana es una tarea más difícil, y cualquier intento al respecto no puede ser sino una conjetura, tanto para aceptar o rechazar, en primer lugar, el conocimiento de dicha doctrina por parte de Andrés Bello, y, en segundo lugar, su recepción en el Código Civil, que dado sus

términos, sólo permite sostener una influencia mediata. No obstante, la doctrina más autorizada en Chile entiende que la doctrina francesa era un antecedente perfectamente conocido por Bello, aunque la limitan a Pothier, Delvincourt y Rogron (como se citaron en Guzmán, 1982)⁴³. Respecto de los bienes nacionales, Delvincourt habría sido tenido en consideración por Bello, pero de la lectura de su pensamiento tampoco se obtiene alguna correspondencia con la redacción definitiva del artículo 589 del CCch⁴⁴.

Por lo tanto, y tal como lo hemos sostenido, el aporte que hizo Bello en esta materia fue más de sistematización y de innovación parcial en la terminología utilizada, pero en lo sustancial sigue el pensamiento predominante de la época, pues considera bienes públicos sólo aquellos que están sujetos al uso común, o como lo dice el artículo 589 CCch, aquellos cuyo “[...] uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas”.

CONCLUSIONES

Por lo tanto, y de acuerdo con lo expuesto en este trabajo, podemos concluir:

- a. Que el CCch no acoge la terminología del Código Civil francés de 1804 —particularmente la voz “dominio público”—, pero sí la concepción que había formulado la doctrina francesa y española durante la primera mitad del siglo XIX, lo que demuestra la identidad conceptual que se aprecia entre esta doctrina y lo dispuesto sobre la materia en los artículos 589 y siguientes del Código Civil.
- b. Que sobre los bienes públicos no tiene el Estado un derecho de propiedad, pues el propio CCch contiene un conjunto de preceptos que hacen incompatibles el régimen de los bienes públicos con la apropiabilidad de los mismos (artículos 602, 1464 No. 1, 1810 y 2498), sin perjuicio de que su régimen no se corresponde con el concepto de propiedad contenido en el artículo 582.

⁴³ Véase (Guzmán, 1982, p.242).

⁴⁴ Ha sido Montt (2001, pp. 231-234) el que ha destacado la influencia de Delvincourt (1819). Como da cuenta Montt Oyarzún, una nota del propio Andrés Bello en el manuscrito quedado en sus manuscritos que se conservan en los Catálogos de la Biblioteca Central de la Universidad de Chile daría cuenta de la influencia de este autor francés en el tratamiento de los bienes nacionales. Para Delvincourt (1819) “los bienes nacionales son los que pertenecen al Estado” (p. 140), sin embargo, esta no fue la redacción que adoptó definitivamente Bello, quien se inclinó definitivamente por una titularidad a favor de la nación.

c. Siguiendo la influencia de la época, Bello entendía que el Estado dispone de los bienes públicos como titular de la soberanía o “dominio eminente”, en cualquier tipo de circunstancias. No obstante lo elemental o rudimentario que pueda parecer esta categoría (sustituida posteriormente por la técnica más afinada de las potestades públicas), su recepción en Chile —a pesar de haber sido preterida— significa un avance sustancial para explicar el aprovechamiento de los bienes públicos a través de una categoría jurídico-público que desplaza a la figura de propiedad como instrumento necesario para explicar el ejercicio de facultades o poderes, tanto por sujetos privados como públicos (*potentiae personae*).

d. La *publicatio* de esta categoría de bienes, que poseen una funcionalidad similar, ha permitido que en la doctrina chilena —tanto pública como privada— no haya existido mayor discusión sobre la materia, lo que ha redundado en una aceptación pacífica de la categoría civil de “bien nacional” y, especialmente, del régimen exorbitante al que se encuentran sujetos los “bienes nacionales de uso público”. Esto es un verdadero mérito de la obra de Bello, pues evitó entrar en “uno de los torneos dogmáticos más persistentes de la cultura jurídica europea” (Nieto, 1987, p. 14), y esto ha ocurrido a pesar de la utilización cada vez más extendida de la expresión “dominio público” por parte de la doctrina, respondiendo de mejor forma a la necesidad actual de otorgar mayor iniciativa a los particulares en el régimen de los bienes a partir del régimen de la propiedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alessandri, A. y Somarriva, M. (1991). *Derecho civil. Tomo II. Parte preliminar y parte general*. 5ª edición, Santiago, Chile: Ediar Conosur.
- Aylwin-Azócar, P. (1960-1961). *Derecho Administrativo*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria.
- Barrientos, J. (2000). Notas históricas sobre la noción de dominio eminente. *Ius Publicum*, (4), 41-53.
- Bello, A. (1954). *Obras Completas*. Caracas, Venezuela: Ministerio de Educación.
- Bello, A. (1959). *Instituciones de Derecho Romano*. Caracas, Venezuela: Ministerio de Educación.
- Carro, J.L. (1981). Policía y dominio eminente como técnicas de intervención del Estado preconstitucional. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (29), 287-306.
- Castán, S. (1996). *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*. Madrid, España: Dykinson.
- Chacón, J. (1878). *Exposición razonada y estudio comparativo del Código civil chileno. Tomo II*. Valparaíso, Chile: Imprenta del Mercurio.
- Claro, L. (1898-1945). *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado. Tomo 6. Vol. I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Colmeiro, M. (1850). *Derecho Administrativo Español. Tomo 2*. Madrid, España: Librería de D. Ángel Calleja.
- Delvincourt, C. (1819). *Cours de Code civil*. Paris, France: Imprimerie de Lebégue.

- Demethon, H. (1964). *Traité du Domaine de l'Etat*. 6ª ed. Paris, France: Dalloz.
- Domat, J. (1756). *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*. Paris, France: Chez Le Breton.
- Escrache, J. (1831). *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. Valencia, España: Imprenta de J. Ferrer de Orga.
- Fernández, M. (2014). La necesaria reformulación del concepto de dominio público en el ordenamiento jurídico español. *Lecciones y ensayos*, 93, 85-113.
- Font i Llovet, T. (1990). La protección del dominio público en la formación del Derecho administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños. *Revista de Administración Pública*, (123), 27-32.
- Gallego, A., Menéndez, Á. y Díaz, J.M. (1986). *El Derecho de aguas en España*. Madrid, España: MOPU.
- González, J. (1998). *La titularidad de los bienes de dominio público*. Madrid, España: Marcial Pons.
- González-Berenguer, J.L. (1968). Sobre la crisis del concepto de dominio público. *Revista de Administración Pública*, 56-191.
- González Sanfiel, A.M. (2000). *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*. Madrid, España: Montecorvo.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. 11ª ed. Buenos Aires, Argentina: F.D.A.
- Guzmán, A. (1982). *Andrés Bello Codificador. Tomo I. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*. Santiago, Chile: Universitaria.
- Guzmán, A. (2000). *La Codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Guzmán, A. (1997). *Derecho privado romano*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Jara, M. (1943). *Derecho Administrativo*. Santiago, Chile: N. Avaria e Hijo Ltda.
- López R.F. y Vignolo, O. (2015). *El dominio público en Europa y América Latina*. Lima, Perú: Círculo de Derecho Administrativo.
- Martínez, M. (1858). *Diccionario de Administración*. Madrid, España: Imprenta de El Consultor.
- Martínez, F. (2000). ¿Qué es el dominio público?. *Themis*, 40, 263-276.
- Merino, E. (1936). *Derecho Administrativo*. Santiago, Chile: Imprenta Universitaria.
- Montt, S. (2001). *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*. Santiago, Chile: Conosur.
- Nicolini, U. (1952). *La proprietà, il principio e l'espropriaciones per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*. Milano, Italia: Dott. A. Guiffré.
- Nieto, A. (1964). *Bienes comunales*. Madrid: EDERSA.
- Nieto, A. (1987). La nueva regulación de los bienes comunales. *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, (233), 9-26.
- Ortega, A. (1992). *Los derechos reales en el Derecho Romano*. Granada, España: Edisur.
- Parejo Alfonso, L. (2001). Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional. En L. Guerra (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo* (pp. 75-118). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Peñailillo, D. (1997). *Los Bienes*. 3ª edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Prado, S. (1859). *Principios elementales de Derecho Administrativo*, Santiago, Imprenta Nacional.
- Pimiento, J. y Santaella, H. (2015). Estado actual del "dominio público" en el derecho colombiano. *El dominio público en Europa y América Latina*. Lima, Perú: Círculo de Derecho Administrativo.

- Proudhon, J.B.V. (1833). *Traité du Domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement para rapport au domaine public*. Dijon, France: Victor Lagier, Libraire-Editeur.
- Reyes, J. (1960). *Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Silva, E. (1995). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Urrutia, L. (1915). Carácter y extensión del Derecho de uso que se tiene en bienes nacionales de uso público. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 12, 145-154.
- Varas, G. (1948). *Derecho Administrativo*. Santiago, Chile: Nacimiento.
- Vattel, E. (1834). *El derecho de gentes, o Principios de la ley natural*. Madrid, España: Imprenta de D. León Amarita.
- Vera, R. (1892-1897). *El Código civil de la República de Chile comentado y explicado*. Santiago, Chile: Imprenta Gutenberg.
- Vergara, A. (1989). La Teoría del Dominio Público. El estado actual de la cuestión. *Revista de Derecho Público*, (114), 27-58.
- Vergara, A. (1989). Sobre Grocio, aquel gran inventor de conceptos jurídicos, y las aporías del dominio eminente. *Revista de Estudios Políticos*, (64), 337- 346.
- Vergara, A. (1992). *Principios y sistemas del Derecho minero*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Vergara, A. (1997). Tres problemas actuales sobre bienes del dominio público: caminos privados de uso público; subsuelo de bienes públicos; y acceso a playas de mar y a orillas de ríos y lagos. *Revista de Derecho*, 18, 423-434.
- Vergara, A. (1999). Bienes Nacionales de Uso Público. *Ius Publicum*, (3), 73-83.
- Vergara, A. (2001). La summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980. *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*. Santiago, Chile: Conosur.
- Vergara, A. (2015). Derecho de bienes públicos en Chile. Recuento doctrinario y actualidad normativa. En *El dominio público en Europa y América Latina* (pp. 299-334). Lima, Perú: Círculo de Derecho Administrativo.
- Volterra, E. (1988). *Instituciones de Derecho privado romano*. Madrid, España: Civitas.