

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/302933506>

“Derecho de Bienes Públicos en Chile. Recuento doctrinario y actualidad normativa” (en: El dominio público en Europa y Latinoamérica; Lima; 2015)

Article · January 2015

CITATIONS

2

READS

130

1 author:



[Alejandro Vergara-Blanco](#)

Pontifical Catholic University of Chile

388 PUBLICATIONS 293 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Teoría del Derecho [View project](#)



Derecho de minería [View project](#)

(2015): “Derecho de Bienes Públicos en Chile. Recuento doctrinario y actualidad normativa” en: López-Ramón, Fernando y Vignolo Cueva, Orlando [Coordinadores] *El dominio público en Europa y Latinoamérica*, (Lima, Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo), pp. 299-334.

DERECHO DE BIENES PÚBLICOS EN CHILE. RECUESTO DOCTRINARIO Y ACTUALIDAD NORMATIVA

Alejandro VERGARA BLANCO

RESUMEN: La Doctrina constituye una piedra angular en la sistematización y diseño de las disciplinas e instituciones jurídicas, con evidente y relevante aplicación en la praxis. A modo de introducción analizo en qué consiste y qué rol ocupa como fuente del Derecho. Primero, analizo si el Derecho de Bienes Públicos es una disciplina autónoma o si es parte del Derecho Administrativo, en el caso de Chile. Para este fin muestro las influencias que el Derecho Civil, la enseñanza del Derecho Administrativo en Chile y la Constitución Política de la República de 1980 han tenido en esta materia; igualmente, doy noticia de los escasos autores y obras que se han abocado al Derecho de Bienes Públicos en Chile. Además, me ocupo del cambio de panorama a partir de la Constitución de 1980, la que en su artículo 19 n°23 incorpora una *summa divisio* de los bienes; me refiero, en fin, a la actual tendencia legislativa en materia de bienes públicos y recursos naturales de alta significación social.

ABSTRACT: The Doctrine is a cornerstone in the systematization and design of legal disciplines and institutions, with clear and relevant practical application. As an introduction, I analyze its nature and what role occupies as a source of law. First, I analyze whether in Chile Public Property Law is an autonomous discipline or is part of Administrative Law. To this end, I show the influences

of Civil Law, the teaching of Administrative Law in Chile, and the Constitution of the Republic of 1980 on this subject; also, I give notice of the few authors and works focused on Public Property Law in Chile. Moreover, I deal with the changing panorama from the 1980 Constitution, which in its article 19 n°23 incorporates a summa divisio of public property; finally, I address to the current legislative trend on public property and natural resources of high social significance.

PALABRAS CLAVE: fuente del derecho, doctrina jurídica, bienes públicos, derecho administrativo, summa divisio, recursos naturales.

KEY WORDS: source of law, jurisprudence, public property, administrative law, summa division, natural resources.

I. LA DOCTRINA COMO FUENTE DEL DERECHO

El diseño espontáneo de cada disciplina jurídica singular es una de las tareas más trascendentales de los juristas eruditos, pues a través de ella se conforma la Doctrina jurídica²⁸⁵. La literatura jurídica siempre es especializada; no se ofrece nunca de modo genérico (no existen tratados de «Derecho», a secas, que intenten abarcar todas las especialidades del Derecho o el completo universo del Derecho), sino siempre es singularizada en ramas, disciplinas especiales: Derecho Administrativo, Derecho penal, Derecho constitucional, Derecho civil, etc.

1. Roles y tareas de la Doctrina jurídica.

La Doctrina es una de las dimensiones de ese fenómeno que llamamos Derecho²⁸⁶, y dedica sus esfuerzos a explicar esos cuatro fenómenos: las leyes (=reglas), los hechos jurídicos (incluida la costumbre, la conciencia jurídica popular, el espíritu o sentimiento popular), la Jurisprudencia, especificándolo a una singular área o sector de la vida común, en que se generan las ramas, disciplinas o departamentos del Derecho.

a) *Distinguiendo roles.* El diseño de las disciplinas, ramas, departamentos o microsistemas (Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Administrativo, etc.), es una de las tareas más relevantes de la Doctrina jurídica. Cabe observar previamente un esquema de las tareas que suelen realizar aquellos científicos que llamamos juristas eruditos, distinguiéndolas de otras tareas que se enmarcan en el fenómeno jurídico. En efecto, hay tres roles que distinguir en el

²⁸⁵ Un desarrollo más amplio en: VERGARA, 2014, de donde extracto estos primeros párrafos, y en donde pueden consultarse las referencias bibliográficas.

²⁸⁶ El Derecho se reduce a estos cuatro fenómenos: i) las leyes; ii) el hecho jurídico, las costumbres de los pueblos; iii) la jurisprudencia; y, iv) la doctrina. En este caso observamos las dimensiones de realidad práctica del Derecho; no su naturaleza, como es lo usual de las tradiciones filosóficas, ya iusnaturalista, ya positivista, ya realista, u otras.

fenómeno de lo propiamente jurídico: *i*) el rol de los legisladores, que adoptan el derecho legal; *ii*) el rol de los jueces, que dictan sentencias, y conforman ese conjunto de decisiones que denominamos jurisprudencia (en cuyo rededor, actúan los abogados de la praxis, defendiendo causas de parte); y, *iii*) el rol de los juristas, que construyen la Doctrina o Dogmática jurídicas.

El rol de legisladores y jueces (y abogados) es práctico; el rol de la Doctrina es, por una parte, teórico (en el sentido que sus escritos no tienen el imperio de una Ley o cosa juzgada de una sentencia); y, por otra, no especulativo (esto es, dirigido a la práctica): de ahí que las teorías que ofrece la Doctrina jurídica son útiles y utilizables directamente por los prácticos del Derecho (abogados y jueces).

2. Tareas específicas de la Doctrina.

Si se observa bien la realidad, y se revisan los escritos de los juristas eruditos, la Doctrina realiza tres tareas esenciales: 1º diseñar cada disciplina jurídica, lo que es útil tanto para la enseñanza como para la aplicación del Derecho; 2º formular teorías e instituciones, que sirven como modelos de solución de casos difíciles, en base al derecho positivo; esto es, a las reglas y a sus sustitutos (principios, espíritu del pueblo o conciencia jurídica popular) en un ordenamiento jurídico dado; y, 3º formular principios jurídicos (que son también teorías), para llenar los vacíos de las reglas.

a) *La construcción de las disciplinas jurídicas.* Esta tarea es distinta de la construcción, ya sea: de un sistema legal, a través de la dictación de normas (encargada al legislador); o de un sistema jurisprudencial, a través de la dictación de sentencias (encargada al Juez). El estudio o análisis del diseño, estructura y contornos de toda disciplina jurídica resulta doblemente relevante: primero, por la utilidad que tiene en sí tal división disciplinaria para la mejor comprensión y enseñanza del derecho; y, segundo por su evidente utilidad en la aplicación que del Derecho realizan los jueces.

La construcción y función de las disciplinas, ramas o departamentos especializados ha sido un tema constante en el análisis del fenómeno jurídico: desde SAVIGNY (como «sistema») a DWORKIN (como «prioridad local»).

b) *La formulación de teorías jurídicas*. Esta tarea es muy relevante y se encuentra a cada paso en todo libro de Doctrina o Dogmática jurídicas. Sobre ello, sólo cabe recordar aquí algunos ejemplos de aportaciones relevantes para el pensamiento jurídico, que han marcado senderos para la comprensión de estas tareas de la Doctrina; como es el caso de HAURIUO, sobre la teoría de la institución; de ROMANO, sobre el ordenamiento jurídico; de KAUFMANN, sobre la “naturaleza de la cosa”; de BETTI, sobre interpretación jurídica; los aportes teóricos del primer BOBBIO; y de IRTI sobre descodificación; en fin, la obra póstuma de KELSEN sobre la teoría de las normas. Destaco, dado nuestro tema, dos trabajos fundamentales para la comprensión teórico-práctica de lo que sea la Doctrina: el aporte invaluable de VIEHWEG sobre la Doctrina jurídica como ciencia de problemas; y el de CANARIS, sobre la función y falsación de las teorías jurídicas.

Los juristas eruditos, a través de la Doctrina, entonces, ofrecen a los prácticos (jueces y abogados) esos tres productos culturales: *i*) diseño de disciplinas; *ii*) modelos teóricos de solución para casos difíciles, y *iii*) formulación de principios jurídicos. Las respuestas que jueces (y abogados) - esto es, los prácticos del mundo jurídico- dan a los casos difíciles suelen apoyarse en los análisis que a partir de las normas y principios ofrecen los juristas, es decir, aquellos aportes de teorías jurídicas o doctrinas que se encuentran en libros y publicaciones científicas. Todo jurista erudito o especialista en alguna disciplina suele ofrecer teorías o modelos teóricos de solución de problemas jurídicos difíciles; y, junto a (para) ello, sistematiza las fuentes, describe instituciones y disecciona principios jurídicos.

Este trabajo, está dirigido a revisar la Doctrina del Derecho de Bienes Públicos, y observar si la literatura jurídica nacional ha cumplido estos objetivos propios de la literatura científica.

II. EL LENTO DESARROLLO DOCTRINARIO DEL DERECHO DE BIENES PÚBLICOS EN CHILE

1. ¿Autonomía de la materia o parte del Derecho Administrativo? El caso de Chile.

En el derecho comparado es donde verdaderamente hay obras sobre esta disciplina. En efecto, en el extranjero (especialmente en Francia, España, Italia y Alemania) existe un gran desarrollo al respecto; desde cursos de Derecho de Bienes Públicos en las Facultades de Derecho, hasta numerosas publicaciones e importantes obras en la materia. La formulación que, por ejemplo, la doctrina española ha realizado del dominio público, como en otras materias, es claramente tributaria de las construcciones de doctrinas extranjeras: en un principio, de la doctrina del *domaine public* francesa (muestra palpable de ello es la consideración “patrimonialista” del dominio público, de indudable procedencia francesa); en menor medida del sistema italiano de los *beni demaniali e patrimoniali indisponibili* (que su huella ha dejado incluso en la importación doctrinal del italianismo “demanial”²⁸⁷); y sobretodo, de la tesis de procedencia alemán de las *öffentlichen Sachen*.

En el caso de Chile, en cambio, nos encontramos ante una disciplina aun poco desarrollada. Los primeros acercamientos a esta materia proceden, paradójicamente, de autores de derecho privado (del derecho civil para ser más precisos). Es el caso de las obras de grandes civilistas chilenos, que al momento de escribir obras (o partes de obras) relativas al Derecho de Bienes (o Propiedad en general) dedican un análisis a esta clase de bienes distintos de los bienes privados. Están los ejemplos de Luis Claro Solar²⁸⁸, Arturo Alessandri y

²⁸⁷ Cfr. SÁINZ MORENO 1985. Es posible encontrar aquí interesantes referencias al estado de las doctrinas respectivas en Francia, Alemania e Italia, con amplias referencias bibliográficas, pp. 128-135.

²⁸⁸ CLARO SOLAR 1930, pp. 170-179, pp. 239-25, pp. 272-277.

Manuel Somarriva²⁸⁹ y Victorio Pescio Vargas²⁹⁰. Por el lado del Derecho Administrativo, los aportes más importantes son los trabajos del autor de estas líneas, de Santiago Montt Oyarzún y de Eduardo Cordero Quinzacara, los que reviso brevemente más adelante.

2. Realidad chilena desde mediados del siglo XIX hasta fines del siglo XX.

Con la entrada en vigor del Código Civil chileno en 1857, se reguló en nuestro país en su artículo 589 a los *bienes nacionales de uso público* o *bienes públicos*, específicamente en su *Libro segundo. De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce*, título III “De los Bienes Nacionales”, el cual aparece luego de los títulos que hablan “De las varias clases de bienes” y “Del dominio”.

No es raro entonces que los primeros y principales desarrollos relativos a los bienes públicos en nuestra doctrina nacional provengan del mundo del derecho privado. Sin embargo, y como es de esperarse, la extensión de dichos desarrollos se limita a meras nociones superficiales de su régimen, y siempre desde el punto de vista civilístico. Esto, lejos de ser positivo, quizás dificulta aún más la labor sistematizadora de la disciplina de los bienes públicos, porque su análisis y estudio se han realizado bajo los principios de derecho privado, en circunstancias que se trata, como es notorio, de una institución propiamente de derecho público; basta señalar como ejemplo lo difícil que sería configurar el principio de autonomía de voluntad en esta materia.

²⁸⁹ ALESSANDRI Y SOMARRIVA 1974, pp. 98-109, pp. 125-133.

²⁹⁰ PESCIO 1978, pp. 222-238.

3. Cambio de panorama en 1980, a partir del Art. 19 n° 23 de la CPR.

La novedosa disposición del art.19 n°23 CPR de 1980 reconfigura el ordenamiento jurídico chileno en materia de bienes públicos. Este art.19 n°23 CPR, vino a consagrar la vigente *summa divisio* de los bienes públicos y privados (y, dentro de los privados, los fiscales, esto es, los de titularidad del Estado/fisco, bajo el mismo estatuto de los particulares), tiene una virtualidad: rompe la clasificación del art.589 CC, el que debe entenderse hoy derogado tácitamente en cuanto contradice al art.19 n°23 CPR. En efecto, tal art.589 CC establecía una *summa divisio* entre bienes nacionales/privados; y, enseguida, a los bienes nacionales los clasificaba entre: bienes nacionales de uso público o bienes públicos y fiscales, incluyendo a estos últimos en el género de los “nacionales”, como si estuviesen fuera del régimen de los demás bienes privados. Esta clasificación está caduca, es un arcaísmo, que sólo un romántico del respetable CC podría invocar hoy; pero sin discernir que la CPR de 1980 la arrumbó en el baúl del derecho histórico.

Más adelante me refiero a este cambio normativo.

4. La (escasa) enseñanza del Derecho Administrativo en las casas de estudio chilenas.

El Derecho Administrativo en general es, en los programas de estudio de nuestras Universidades, el hermano menor de las disciplinas del derecho, aquel a quien nadie escucha, al que nadie presta mayor atención y en definitiva al que nadie le dedica tiempo.

En efecto, las mallas curriculares de las facultades de derecho de nuestro país, adolecen de un vacío sistemático y no contemplan más que un estudio de lo público como un residuo de lo privado, siendo su extensión habitual un curso de dos semestres. Quizás es excepcional a este respecto la Universidad Católica

de Valparaíso que destina 3 semestres para el estudio del Derecho Administrativo.

Aún así, estos escasos estudios se refieren al Derecho Administrativo General, esto es un estudio centrado en las funciones y responsabilidad del Estado, dejando fuera en consecuencia una multiplicidad de disciplinas que hoy consideramos escindidas (por ejemplo, Derecho Eléctrico, Derecho de Aguas, y la que nos convoca, el Derecho de Bienes Públicos).

Todo esto ha contribuido negativamente al desarrollo de la disciplina legislativa y jurisprudencial de los bienes públicos y ha disminuido en cantidad y calidad la doctrina nacional en esta materia.

5. Escasa doctrina a partir de la década de 1980.

Son escasos los autores que dedican trabajos a esta materia, y en general pueden reducirse a tres. El tema del derecho del «dominio público» (más bien: derecho de bienes públicos) ha sido poco abordado en nuestra doctrina, quizás por las perplejidades que origina, por aparentar encontrarse “a horcajadas entre el Derecho Público y el Privado”²⁹¹, y aparentar ser materia más propia de civilistas y algo abandonada por los administrativistas.

a) *Santiago Montt*. Esa carencia bibliográfica ya no será tan notoria gracias a este aporte de Montt, pues en 2002 publica su Tesis de Licenciatura²⁹², cuyo primer capítulo fue publicado anteriormente mientras desarrollaba su investigación²⁹³.

El libro está dividido en seis capítulos, los que tratan las distintas materias relativas a bienes públicos, según un orden lógico que le ha permitido al autor exponer sistemática y sintéticamente sus tesis centrales. En todo caso, desde un

²⁹¹ MONTT 2002, p. 19.

²⁹² MONTT 2002.

²⁹³ MONTT 2001.

inicio cabe señalar que una tesis central del autor es probar que el «dominio público» es un concepto genérico, y que de él formarían parte no solo los llamados por la ley «bienes nacionales de uso público», sino también los bienes fiscales. Al hilo de esta tesis central, muchas páginas del libro, desde un inicio, irán acomodando su argumentación y materias tratadas para probarla completamente, según las ideas y razonamientos del autor. Tesis esta que, desde ya, puedo señalar que es polémica, pues no toda la doctrina nacional la comparte, y hay autores, como el que suscribe estas líneas, que pensamos diferente. Pero esto no resulta en nada relevante a los efectos de esta reseña, dirigida a opinar sobre el trabajo en comento, sus méritos, verificar si sus tesis se sustentan y, en fin, si su metodología es adecuada.

En el primer capítulo analiza el autor la relación existente entre la Administración y los bienes, adelantando algunas tesis de su trabajo. A través de una cita adecuada de autores de la disciplina se refiere, en especial, a la utilización del derecho privado por la Administración, ofreciendo desde ya algunas definiciones sobre las que se sostendrá su trabajo: por ejemplo, que el derecho administrativo es estatutario de la Administración; y que el dominio público se encontraría a horcajadas entre el derecho público y el privado.

En su segundo capítulo ofrece un detallado y documentado estudio de la formación histórica del concepto de dominio público, el que sin embargo lo califica de paradójico, dada la singularidad actual de la categoría que no se compadece con su situación en épocas históricas arcaicas. Revisa en este capítulo, en primer término, el Derecho Romano de los bienes públicos, en que luego de exponer las clasificaciones más relevantes, remarca en especial el surgimiento del concepto de *fiscus* y *res fiscales*, de naturaleza privada; y la discusión doctrinaria de la posibilidad de que haya propiedad sobre los bienes públicos. Revisa la situación de los bienes públicos en las fuentes de la Edad Media, con una variedad de fuentes doctrinales que cabe destacar; revisa en esta parte, en especial, la formación del concepto de patrimonio de la Corona, la inalienabilidad, que tanta relevancia tendrá en la teoría general de los bienes públicos; la situación del *fiscus* en esta época, y la doctrina de las regalías.

Subraya el autor, preparando su tesis central por cierto, que de igual modo que las *res publicae*, el *fiscus* y sus bienes tuvieron naturaleza pública en esta época, perdiendo así la que a él le resulta “curiosa y particular naturaleza privada de que gozaba en el Derecho Romano”. En fin, analiza brevemente la situación en la revolución y codificación francesas.

En el capítulo tercero el autor analiza el concepto de dominio público. Lo hace exponiendo, en primer lugar la tesis de la doctrina francesa del siglo XIX, dominante en la materia, con Proudhon a la cabeza, con su tesis no patrimonializante: de administración y superintendencia sobre tales bienes; siguiendo con Hauriou, quien fue el autor que inició la concepción que yo llamo «patrimonialista» de los bienes públicos, en que se le asigna al Estado la propiedad de tales bienes, que se reflejó ampliamente en la doctrina española y aún en la chilena. En fin, analiza el autor la doctrina «funcionalista» del español Villar Palasí, que es una reacción de la anterior, que suscriben en España algunos autores de la última época, y en Chile, quien escribe estas líneas. A través de esta última teoría, se le niega al Estado la posibilidad de ser titular de bienes, como tal, existiendo en la vertiente pública, solo bienes públicos, abiertos al uso público, del pueblo. Termina el capítulo exponiendo lo que llama la «constitucionalización del dominio público», y la tesis personal del autor; al respecto, a su juicio el punto de partida es la señalada constitucionalización de la categoría; negando además efectos prácticos de la discusión y de las mismas doctrinas, ponderando una posición ecléctica. Al desarrollar su posición el autor llega a plantear la propiedad privada estatal sobre los bienes públicos, pues según él, “junto a la relación demanial, permanece siempre un derecho de propiedad estatal en estado de latencia”; propiedad esta “reducida a su mínima expresión”, según sus palabras. En fin, según el autor, la suya es una concepción dual dominio público y dominio privado. Tesis interesante, pero que no es el instante de analizarla ni de incorporar líneas críticas (las que se evidencian del contraste de mis trabajos con el contenido de este excelente libro, del que no cabe ignorar su aparición ni dejar de destacar, por obligación de oficio universitario), sino de señalar lo

documentado que resulta el trabajo en esta parte, digno de encomio, en un esfuerzo por argumentar su tesis central.

En el capítulo cuarto, dedicado a los elementos esenciales del dominio público, parte el autor, con toda franqueza declarando que “el tratamiento jurídico de los bienes públicos, desde Roma hasta la fecha, ha resultado ser extraordinariamente equívoco, confuso e incluso contradictorio”. La verdad es que esta es una queja habitual en la doctrina sobre el tema, y quizás es el acicate para que tantos autores sigan internándose en este laberíntico tema. Pero podemos decir que el libro del autor no aumenta esta confusión, sino que su amplia documentación permite aclarar varios de sus aspectos, sobre todo en Chile, donde el desarrollo de esta materia ha sido tan precario. En este capítulo, utilizando el conocido esquema de los elementos ideado por Ballbé, el autor describe la situación general de la teoría de los bienes públicos, en un interesante análisis, apoyado por la bibliografía, fundamentalmente española, más relevante.

En el capítulo quinto, analiza el autor la materia de los bienes públicos en el ordenamiento jurídico chileno, a través del análisis del art.19 N°23 CPR y del CC. En cuanto al análisis de la normativa constitucional no puede sino ser calificado de original, dada la escasez de tratamiento de la materia, para lo cual se sirvió de todos los antecedentes de la historia fidedigna del texto constitucional, y apoyándose en las palabras de la norma (“deban pertenecer”), busca apoyo a su tesis de la posibilidad de propiedad o reserva estatal para los bienes públicos. Analiza, además, la normativa del CC, desde su historia legislativa, y exponiendo los comentarios más relevantes, entre los que cita el de Santiago Prado²⁹⁴. A partir de la interpretación de ambos cuerpos normativos el autor concluye que la teoría de los bienes públicos en Chile no se reduce solo a los bienes nacionales de uso público “sino también a los bienes fiscales afectos esencialmente a un servicio público”, dado que ellos resultan, a su juicio, esenciales “para el funcionamiento del Estado”; todo ello a través de

²⁹⁴ PRADO 1859.

una interpretación teleológica, y basado más bien en la eventual ausencia de texto expreso a contrario en nuestra normativa constitucional y legal.

En el capítulo sexto y final analiza el autor la utilización de los bienes públicos. Para ello ofrece una revisión del uso común general y particular de estos bienes, con gran apoyo en la doctrina más autorizada; y, además, ofrece un amplio y documentado desarrollo de los usos que admiten los bienes por parte de la Administración; en este último acápite revisa las que llama «reservas demaniales» (sic), con tradición terminológica fuera de Chile. En un tercer apartado de este capítulo desarrolla los títulos administrativos hábiles para acceder al uso privativo de los bienes públicos: el «permiso de ocupación» y la «concesión demanial», en su terminología. En cuanto al permiso, analiza su naturaleza jurídica y la pretendida precariedad de la titularidad emanada de tal permiso, lo cual es polémico en la doctrina y jurisprudencia chilena. En cuanto a la concesión, analiza su concepto, su naturaleza jurídica, y los derechos reales que surgen de tal título. Cierra este apartado una enumeración de normas que establecen sistemas concesionales de bienes públicos. En fin, termina este capítulo y el libro, uno de los apartados más interesantes del trabajo: la revisión de la precariedad en los permisos y concesiones de bienes públicos, en que el autor separa claramente la situación del permiso y de la concesión, en que aquella sería más débil y está más potente en cuanto a los derechos que otorgan; aquella sujeta a revocación, esta no.

Incluye, además, un completo listado bibliográfico.

Este libro, cuyo contenido he descrito y comentado brevemente al hilo de esa descripción, es muy meritorio. La búsqueda bibliográfica, y su uso, evidencia una exhaustiva y laboriosa tarea de investigación, que notoriamente ha sido la base de la redacción del texto. La organización de la materia es adecuada, ordenada y dirigida, con inteligencia, a probar las tesis del autor. La tesis sustentada es original, no importando lo polémica que pueda resultar, y cualquier análisis posterior de otros autores tendrá que hacerse cargo de las argumentaciones del autor de este libro, bien documentadas, y apoyadas en

autores chilenos y extranjeros. La redacción mantiene un estilo sobrio y elegante, que facilita la lectura del trabajo. En fin, es una Tesis de Licenciatura excepcional, que ha sido casi de inmediato publicada por una editorial jurídica, de la que he querido no solo dar noticia sino también reconocer sus amplios méritos.

b) Eduardo Cordero. Cabe mencionar al menos los siguientes tres artículos escritos por este profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. En primer lugar, aquel titulado “El Derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos” (2007), en el cual analiza la interrelación inevitable que se da entre el Derecho urbanístico, los bienes públicos y la planificación territorial. En este trabajo desarrolla los distintos vínculos y relaciones que se dan entre los instrumentos de planificación urbanística y los bienes públicos, a partir de la distinta naturaleza que éstos poseen, resaltando que la ordenación urbana cumple una primera función de dividir el suelo en dos estatutos básicos: el régimen ordinario de propiedad, y el de los bienes públicos. También realiza un desarrollo de las autoridades competentes en esta materia, para finalizar exponiendo las falencias que existen tanto en nuestra normativa y como en aplicación práctica. Un segundo artículo, “Los bienes públicos y su naturaleza a la luz de la legislación chilena” (2010), dedicado a analizar antecedentes legislativos históricos del siglo XIX y una ingente doctrina nacional y extranjera sobre el régimen de los bienes públicos, rechazando la tesis propietarista estatal de los bienes públicos. Un tercer trabajo, “Ordenamiento territorial, justicia ambiental y zonas Costeras” (2011), más que realizar un desarrollo de la disciplina de los bienes públicos, lo que hace es un análisis particular de un bien específico: las zonas costeras; y siempre desde el enfoque del ordenamiento territorial que existe sobre ellas, limitaciones y competencias.

Si bien no se tratan todas estas de publicaciones sistemáticas sobre la disciplina, es sumamente valioso el esfuerzo de ambos autores por desarrollar un tema que está tan abandonado en la doctrina chilena.

c) *El autor de estas líneas.* Simplemente para no romper la sistemática de este recuento, muestro sin mayores comentarios los aportes realizados en el último tiempo por el autor de estas líneas. La obra ha consistido en exponer la teoría del «dominio» público, analizando la naturaleza jurídica de los bienes nacionales de uso público a través del desarrollo de temas tales como la publicación y la afectación, así como una constante crítica a la infiltración del derecho civil en materia de derecho público y, especialmente, el [incorrecto] uso de la institución *propietas* para intentar explicar una disciplina autónoma, como lo es el derecho de bienes públicos, que posee instituciones y principios propios, los cuales le permiten configurar su propio sistema y modelos de solución de problemas sin necesidad de recurrir a los conceptos civiles, como se ha hecho históricamente.

Un segundo punto que he abordado más extensamente tanto en mi labor académica como investigativa es el de la *summa divisio* de los bienes a partir de la Constitución de 1980. En efecto, en la CPR de 1980 se consagra una nueva *summa divisio* de los bienes en Chile que rompe con la clasificación tradicional establecida en el artículo 589 del Código Civil.

Finalmente, parte de mi estudio también lo he centrado en ciertos problemas específicos que se presentan a propósito de algunos bienes nacionales de uso público en particular: el acceso a las playas de mar (y orillas de lagos y ríos), el subsuelo de los bienes públicos y los caminos privado de uso público.

Si bien aún no he publicado un texto general en la disciplina (no obstante que actualmente tengo un texto en proceso de edición), mi obra se ha manifestado en diferentes revistas jurídicas en las cuales he publicado diversos artículos, a saber: “La Teoría del dominio público: el estado de la cuestión” (1989); “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; y, subsuelo de bienes públicos” (1997); “Naturaleza jurídica de los «bienes nacionales de uso público»” (1999); “La *summa divisio* de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980”(2001); “Nouveaux biens face au

droit? Vieux et nouveau regard juridique sur les biens et ressources naturelles au Chili” (2003); “El novísimo Derecho de bienes públicos y recursos naturales en Chile. *Publicatio* y derechos reales administrativos” (2004); “Naturaleza Jurídica del subsuelo y potestades de la administración para disponer su utilización” (2007); y “La teoría de los derechos reales administrativos en la obra de Hauriou, su lento reconocimiento y actual consagración como *genus* y *nomen iuris*” (2013). Además, trabajos más breves han sido publicados en sedes como *El Mercurio Legal* y *La Semana Jurídica*, donde los más destacables son: “La liberación económica de los bienes y recursos naturales en Chile a partir de 1980” (2003), “Historia dogmática del alta mar y del mar territorial” (2006); “Naturaleza Jurídica del subsuelo y potestades de la administración para disponer su utilización” (2007); “Acceso a las playas: jurisprudencia zigzagueante e insuficiente regulación” (2012); “Recordando a Elinor Ostrom: para comprender y regular recursos naturales y bienes de uso público” (2012); “Para regular los recursos naturales es innecesario declararlos previamente del dominio del Estado” (2012); y “Desestatizando los recursos naturales: una consolidada tendencia legislativa” (2013).

Finalmente, no puedo dejar de mencionar las obras que se han publicado en el tema y que he reseñado con el fin de darlas a conocer pues la mayoría de ellas son de autores extranjeros, lo que, además, demuestra la falta de desarrollo doctrinal que existe sobre la disciplina de los bienes públicos en nuestro país; en este sentido he ofrecido reseñas a: *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, de Paolo Grossi (1988); *El deslinde de las costas*, de Santiago González Varas Ibáñez (1998); *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*, de Santiago Montt Oyarzún (2003); *La posesión del espacio*, de Álvaro D’Ors (2003); *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, de Elinor Ostrom (2012) y la traducción de *El dominio público ante el Derecho Administrativo francés*, de Pierre Bon (1998).

No obstante encontrarse mis trabajos disgregados en variadas fuentes y a lo largo de varios años, se puede apreciar en ellos mi rechazo a la doctrina

tradicional (patrimonialista) que sostiene que el «dominio público» se trataría de una titularidad dominical del Estado, inclinándose por la concepción funcionalista, esto es, que el «dominio público», antes que un conjunto de bienes, lo que representa es un soporte jurídico de potestades; un título jurídico de intervención que lo que permite es que el Estado Administración titular esté en posición jurídica hábil para disciplinar las conductas de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales. Sin embargo, las minas y aguas merecen un tratamiento especial. Así, en materia de minas cabe considerar éstas como *res nullius* y no como patrimonio estatal como la literalidad de nuestra CPR hace creer a algunos. En cuanto a las aguas, a pesar de que nuestra legislación las define como bienes nacionales de uso público su naturaleza más bien es la de «bienes comunes», pues su administración se encuentra entregada a comunidades, no al Estado, no a un particular.

d) Desarrollos de la teoría de los Bienes Públicos en textos de Derecho de Aguas. Nuestra legislación (artículos 595 del Código Civil y 5° del Código de Aguas), definen las aguas como bienes nacionales de uso público. Es en este contexto que cada vez que se ha querido escribir sobre ellas, resulta inevitable hacer una referencia, en mayor o menor profundidad, a los bienes públicos como sistema, partiendo de la clasificación de los bienes en general, para luego adentrarse en lo particular. Así lo han hecho tres autores nacionales que han desarrollado sus tesis doctorales en temas de Derecho de Aguas y que despliegan análisis más o menos completos de lo que son los bienes nacionales de uso público, su naturaleza jurídica, historia, características, clasificaciones, régimen y normativa actual. Tales autores son, en primer lugar Christian Rojas Calderón, en su tesis titulada “La distribución de las aguas en el derecho chileno. La actividad desarrollada por las juntas de vigilancia” (2010); en segundo lugar, Daniela Rivera Bravo cuya tesis doctoral se publicó en 2013 bajo el nombre *Usos y derechos consuetudinarios de agua*, y finalmente, Tatiana Celume Byrne, y su libro *Régimen público de las aguas* (2013), que también se trata de su tesis.

III. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y ACTUALIDAD DEL DERECHO DE BIENES PÚBLICOS

Si se examina la actualidad legislativa (y necesariamente jurisprudencial y doctrinaria) podrá observarse que está marcada por el texto constitucional, que bi-parte los bienes en públicos y privados (eliminando la posibilidad de que los bienes sean estatales, o tengan como titular el Estado); lo que se ha consolidado como una notoria tendencia legislativa en los últimos treinta y cinco años.

1. La «*summa divisio*» de los bienes en la Constitución.

Esta *summa divisio* está incorporada en una disposición constitucional que limita el régimen legal a que pueden ser sometidas las cosas o los bienes (es la novedosa disposición del art.19 n°23 CPR de 1980), que reconfigura el ordenamiento jurídico chileno a este respecto²⁹⁵. A partir de los términos del art.19 n°23 CPR se precisa una antigua clasificación, describiendo ahora el texto constitucional las posibilidades de acceso de los particulares al dominio de los bienes y, de paso, dejando claramente eliminadas las posibilidades de que el Estado pueda llegar a ostentar un papel de titular de los bienes no privados. Así, según veremos (dejando de lado los bienes comunes a todos los hombres) las cosas: o son públicas (nunca estatales, a raíz de la clara contraposición Estado/Nación que articula la CPR en esta materia) o son privadas. Con razón, Aldunate y Fuentes creen ver en esta disposición no la descripción de un derecho subjetivo, sino una limitación al legislador en el modo que ha de configurar el acceso al dominio²⁹⁶.

A la dualidad público/privado (*publicatio/apropriatio*), que hemos reseñado antes (y que es la que tiene una real operatividad práctica), la CPR ha antepuesto las

²⁹⁵ Sigo mi trabajo VERGARA 2001.

²⁹⁶ ALDUNATE y FUENTES 1997, p. 217.

res communis omnium; por lo que la *summa divisio* de las cosas que resulta en la CPR es la siguiente: los bienes comunes a todos los hombres, los públicos y, en fin, los privados. Desarrollo más adelante algunas ideas básicas sobre el estatuto jurídico que resulta de la CPR para cada una de estas clases de bienes.

En relación a esta clasificación, es expresivo el siguiente texto de Evans²⁹⁷, al señalar que “no son susceptibles de apropiación y de dominio privado: i) los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como el aire, la atmósfera; ii) los que una ley declare que deban pertenecer a la nación, como calles, caminos...; iii) los que tengan dueño fijado en la Constitución, como las minas que pertenecen al Estado (art.19 N°24 inc.6° CPR)”.

El caso de los bienes comunes a todos los hombres es especialísimo, y no lo desarrollo. Usualmente se considera en tal categoría al aire [no el espacio geográfico] y el alta mar [y la estratosfera]. El régimen de estos bienes es de la no apropiabilidad. Son los llamados bienes «libres». Su régimen jurídico consiste precisamente en su no-regulación. Salvo casos muy excepcionales, cercanos a su regulación, como la contaminación del aire (cercano al “medio ambiente libre de contaminación”, a la “preservación de la naturaleza” o a la “protección del medio ambiente”²⁹⁸, o al “patrimonio ambiental”²⁹⁹).

2. Los bienes públicos o nacionales de uso público.

En una situación claramente definida han quedado los bienes públicos o nacionales de uso público (como los identifica el art.589 CC) o “que deban pertenecer a la Nación toda” (en los términos del 19 n°23 CPR), concepto éste cercano a “pueblo”, en quien reside la soberanía (art.5 inc.1° CPR), pero que por eso mismo los aleja de cualquier titularidad estatal. Por lo tanto, estos bienes que deban pertenecer a la “Nación toda” no corresponden ni

²⁹⁷ EVANS 1999, pp. 170-171.

²⁹⁸ Art.19 n°8 CPR.

²⁹⁹ Art.19 n°24 inc.2° in fine CPR.

pertenecen al Estado, ni a alguno de sus órganos. Debe recordarse que el Estado es un concepto al que la propia CPR le da expresamente un contenido diferente a “Nación”³⁰⁰; aclaración esta que podrá parecer trivial desde el punto de vista de la ciencia política, en que estos conceptos son claramente distinguibles, pero que en el habla común suele confundirse o teñirse de confusiones, lo que hacen al tema algo ambiguo; así, se suele decir que existirían bienes “nacionales del Estado”, como si decir que un bien “es” de la Nación fuese lo mismo que decir que un bien “es” del Estado.

Enrique Silva Cimma, en un texto antiguo cree ver en la expresión “bienes del Estado” una genérica referencia a bienes nacionales y fiscales; incluso denominando a los nacionales de uso público como “dominio administrativo del Estado”³⁰¹. El mismo autor, en un texto posterior a la CPR de 1980, al referirse a estos bienes que “pertenecen a la nación toda”, señala que constituyen lo que él llama “dominio público del Estado”³⁰²; concepto claramente ambivalente y erróneo a la luz de las fuentes vigentes, pero que se atempera en el texto de tal autor cuando señala correctamente que la relación del Estado con estos bienes es de “tuición, guarda y administración”³⁰³.

Son bienes públicos los que denomina la legislación como “*bienes nacionales de uso público*”, como las “*calles, plazas, puentes y caminos*”, según los ejemplos que da el art.589 inc.2º CC; o las aguas (art.5 CA); o los álveos o lechos de ríos o lagos (art.30 CA), el mar adyacente (art.593 CC), entre otros. La propia CPR menciona algunos ejemplos de esta clase de bienes, reconociendo su existencia y aspectos de su régimen; así, al referirse el art.19 nº13 i.2º CPR a las “*plazas, calles, y demás lugares de uso público*”.

Algunos rasgos del régimen de estos bienes emanan de varias menciones de la propia CPR:

³⁰⁰ Vid. arts.6 y 7 CPR.

³⁰¹ Vid. SILVA CIMMA 1969, II, p. 184.

³⁰² SILVA CIMMA 1995, p. 271.

³⁰³ SILVA CIMMA 1995, p. 273.

a) Por ejemplo el art.19 n°13 inc.2° CPR al referirse a “*plazas, calles y demás lugares de uso público*” está remarcando no sólo su condición de bienes abiertos al “uso público”, sino, además, al mismo tiempo, que este uso “público” implica falta de apropiación, de dominio.

b) De acuerdo al art.19 n°23 inc.1° CPR los bienes que deban pertenecer a la Nación toda (en los casos en que “la ley lo declare así”: esto es, quede afecta toda una clase o categoría de bienes a tal *publicatio*) no pueden ser adquiridos en dominio por las personas (naturales o jurídicas, de derecho privado o público); ley ésta que debe ser de quórum calificado (inc.2°), y sólo respecto de “algunos” bienes, pues la regla general para “toda clase de bienes” es la libertad de adquirir, como fluye de esta disposición constitucional. Por lo tanto, este de los bienes nacionales o públicos es un régimen de «excepción», para “algunos bienes”, como dice la propia CPR, y la regla general es la libertad para adquirir “toda clase de bienes”.

Por lo tanto, cada vez que las leyes deseen declarar como nacionales de uso público o públicos toda una clase, toda una categoría de bienes, tendrán que hacerlo mediante una ley de quórum calificado. Al mismo tiempo, se entiende que cumplen ese requisito aquellas leyes anteriores a la CPR que declararon publicadas algunas categorías de bienes, en virtud a lo señalado por la Disposición 4ª T CPR. Es el caso del Código de Aguas, que declara “bienes nacionales de uso público” a todas las aguas, en bloque, el que debió aprobarse con tal quórum en su momento (pero que no se hizo; fue peor: ¡se hizo a través de un DFL!)³⁰⁴.

Y esta inapropiabilidad o impedimento general para adquirir rige no sólo para todo tipo de personas, naturales o jurídicas (particulares) y otras personas de derecho público (como el Estado/fisco, los Gobiernos regionales y las municipalidades, que actúan en materia de bienes igual que los «particulares»), sino que también para el propio Estado, en ese sentido genérico que los

³⁰⁴ Vid. el DFL N°1.122, de 1981, que “fija texto del Código de Aguas” (Diario Oficial de 29 de octubre de 1981).

anteriores textos constitucionales lo han entendido. Por lo que, a partir de la vigencia de la CPR de 1980, el Estado (sin más, como aparece en el art.19 n°24 inc.6° CPR en el caso de las minas) no es una «entidad» habilitada para ser titular, en bloque, de bienes o categorías de bienes de alto interés social; sólo la “Nación toda” podrá serlo.

c) La inenajenabilidad, o inalienabilidad, de los bienes públicos surge del propio hecho de que no hay libertad para adquirirlos (19 n°23 CPR), por lo que las disposiciones civiles no podrían, por ejemplo, amparar su legado, venta o prescripción (como de hecho ocurre: vid. arts.1.105, 1.464 n°1 y 2.498 inc.1° CC, respectivamente), ni tampoco en virtud de las leyes podría disponerse su “enajenación”, palabra esta última desajustada para este tipo de bienes en que no opera el comercio jurídico-privado, al que se aplica tal concepto. En materia de bienes públicos, no cabe hablar de enajenación, pues es un supuesto imposible, dado que para que la enajenación operara previamente los bienes tendrían que ser desafectados, acto este último por el cual comienzan a ser apropiables. La desafección es, en los hechos, un traslado de bienes específicos desde la *publicatio* a la *appropriatio*.

Por eso el art.63 n°10 CPR al referirse a la enajenación de los bienes fiscales y municipales no cubre los bienes públicos, pues no son susceptibles de tal figura jurídico-privada; los bienes públicos sólo son susceptibles de uso público o de concesión para su aprovechamiento; nunca de enajenación.

Lo que sí puede suceder con estos bienes es dejar de ser nacionales o públicos, ya sea por una desafección genérica (cuando desaparezca el “interés nacional” a que se refiere el art.19 n°23 inc.2° CPR, y se realice por ley de quórum calificado), o por una excepcionalísima desafección particular (un trozo de camino público abandonado).

Su régimen, en definitiva, lo establecen las leyes, del mismo modo que las posibilidades de uso público o privativo de los particulares. Pero el hecho de su

afectación o desafectación, en sus rasgos esenciales, debe respetar el quórum calificado que consagra la CPR.

Al respecto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ofrece una caracterización de estos bienes, señalando que sus características principales son: “a) que su dominio pertenece a la Nación toda; / b) que su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación; / c) que nadie puede disponer de ellos; d) que están fuera del comercio humano, y / e) que debe ser la ley la que los declare bienes nacionales de uso público”³⁰⁵. Además, tal jurisprudencia confirma la necesidad de una ley de quórum calificado en una sentencia de 1990³⁰⁶, para luego mostrarse ambigua en otra sentencia de 1997³⁰⁷.

3. Los bienes privados (o sometidos a su régimen).

Trátase del régimen general de los bienes de las personas, naturales o jurídicas (particulares), y de las otras personas jurídicas de derecho público (como el Estado/fisco, los Gobiernos regionales, las municipalidades y otras entidades con personalidad jurídica propia, distinta del fisco, que actúan en materia de bienes igual que los «particulares»). Todos los bienes no publicados (esto es, que no son públicos) están sometidos al régimen de los bienes privados, o a la “legislación común aplicable a los particulares”. Estos bienes son todos los que no son “comunes a todos los hombres” o “que deban pertenecer a la Nación toda”, y al respecto existen varias clases: los de los particulares; los fiscales; los regionales, los municipales y, en fin, los de personas jurídicas de derecho público con estatutos especiales.

³⁰⁵ Sentencia rol N°245-246 (1996). Lo citado en considerando 6°.

³⁰⁶ La sentencia rol N°115 (1990) (ley de pesca y acuicultura), en sus considerandos 21 y 22 es explícita al respecto.

³⁰⁷ La sentencia rol N°260 (1997) (modificación Código de Aguas), en su fallo de mayoría vacía la garantía del art.19 N°23 CPR; véase voto de minoría de Luz Bulnes, que no se aparta de los términos del constituyente.

Podemos decir que estos bienes son todos aquellos que no son públicos, o sea, todos aquellos “cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes”, y que pertenecen directamente a una persona, ya sea un particular, o a personas jurídicas de derecho privado o de derecho público; o, entre estas últimas, están destinados por el Estado a uno de sus organismos fiscales o son regionales y municipales.

Todos estos bienes se rigen por el derecho común (esto es, el derecho civil), y cualquier alteración de su estatuto de adquisición está regulado por el art.19 n°23 CPR.

a) Los bienes privados (o propios) de los particulares. Tradicionalmente han estado regulados en un texto codificado (“codificación”: art.63 n°3 CPR), en donde se establece una legislación aplicable a todos los bienes de particulares (ya sea personas naturales o jurídicas, de las que llamamos de derecho privado). Tales bienes privados de un particular (art.582 CC) se rigen por el derecho llamado «común» creado para ello; pero, a pesar de los términos del art.4 CC es en el fondo el régimen que corresponde sólo a los bienes de tales personas, y que es común supletorio sólo respecto de los bienes de otros titulares sometidos al régimen privado, que se enumeran en seguida (pero tal régimen privado no podrá ser en ningún caso supletorio del régimen de los bienes públicos: hay una incompatibilidad de naturaleza y principios, *ab origine*: es la consecuencia de la dualidad *publicatio/apropriatio*).

b) Los bienes privados (o propios) del Estado/Fisco. También llamados «fiscales», están sometidos a este mismo régimen general de bienes privados, por lo que sobre ellos el Estado/fisco tendrá propiedad; se los ha podido apropiar, por su naturaleza. El «Estado», como fisco, es una verdadera persona jurídica de derecho público, a cuyos órganos se les destinan algunos bienes. Así los órganos del Estado, para llevar adelante sus tareas (arts.6 y 7 CPR) deben adquirir bienes, con los fondos que obtiene por la vía tributaria (obviamente que históricamente el fisco ya tiene un patrimonio).

Los bienes fiscales o bienes del Estado, que pertenecen a éste en conformidad al art.590 CC (según el art.11 DL N°1.939, de 1977), o que éste haya adquirido a cualquier título, todos los cuales, por expresa disposición de la ley especial que regula su administración (art.26 DL N°1.939, de 1977) se rigen por el “derecho común”, al igual que todo otro bien privado.

Entonces, respecto de los bienes fiscales la propia legislación vigente es explícita: tienen la misma naturaleza de un bien privado; lo que ocurre es que su titular es una persona jurídica de derecho público: el fisco. El art.26 DL N°1.939, de 1977, citado, señala que estos bienes del Estado “*se someterán a las normas del derecho común*”, y a lo que señalen, en cuanto a su uso y goce a favor de los particulares, las leyes especiales, que es un caso de «excepción» legal a que se remite el art.26 del tal cuerpo legal. De este modo, por ejemplo, pueden verse los arts.5, 19 letra d), 20 inciso 1° *in fine*, 22, 25 letra e) y 27 inciso 1° *in fine*, del DFL n°4, de Economía, de 2007, Ley General de Servicios Eléctricos, que pone en un pie de igualdad a los bienes fiscales con los demás bienes de particulares, pues ambos están sometidos al régimen jurídico de los bienes «privados».

En cuanto a estos bienes fiscales, cabe tener presente:

i) por lo dicho anteriormente, aun cuando la CPR dice que las minas son del “dominio” del Estado, a partir del propio régimen a que somete su otorgamiento, queda clara su aptitud no-fiscal.

ii) cuando el Estado/Fisco desarrolla actividades empresariales, lo ha de hacer en un completo pie de igualdad con los particulares (art.19 n°21 inc.2° CPR) por lo que en todo lo que respecta a la adquisición, ejercicio y extinción del dominio, se rige por las mismas reglas de los particulares. A partir de lo anterior, las reglas especiales que se puedan dictar para los bienes del fisco, como posibles privilegios (inembargabilidad, por ejemplo) sólo son legítimas si se refieren a las actividades no empresariales del Estado.

iii) según el art.63 n°10 CPR las normas de enajenación de los bienes del Estado, como su arrendamiento o concesión, son materia de ley; por lo que al respecto existe una modificación a la libre disponibilidad (que rige en el «derecho común» respecto de cualquier particular) de estos bienes; esto es, si una ley no autoriza estos actos, no puede regularlo la Administración por Decreto Supremo.

En todo lo que no se diga en estatutos legales especiales, estos bienes del Estado quedan sometidos a la legislación «civil» o «común» de los demás dominios; así, por ejemplo, todos los bienes fiscales son perfectamente prescriptibles (art.2497 CC); pues la imprescriptibilidad no es un privilegio de los bienes fiscales; y ello difícilmente podría establecerse por ley, dada la necesaria igualdad de régimen con los bienes de particulares.

c) *Los bienes privados (o propios) de los gobiernos regionales.* Son aquellos que conforman el “patrimonio propio” de la persona jurídica de derecho público denominada “Gobierno Regional” (art.111 inc.3° in fine CPR). A su respecto rigen las mismas apreciaciones señaladas para los bienes fiscales, salvas las reglas especiales establecidas en la ley respectiva³⁰⁸.

d) *Los bienes privados (o propios) de las municipalidades.* Los llamados bienes municipales son los propios de cada municipalidad; esto es, son los que conforman el “patrimonio propio” de la persona jurídica (corporación autónoma) de derecho público denominada municipalidad (art.118 inc.2° CPR). Los bienes municipales, por expresa disposición de la LOCM (art.33), se rigen por el derecho llamado “común”.

La legislación sectorial municipal también es explícita, al señalar en el art.33 inc.1° LOCM, que éstos “se sujetan a las normas de derecho común”, y, en seguida, que éstos “sólo podrán ser enajenados, gravados o arrendados en caso de necesidad o utilidad manifiesta” (art.34 inc.1° LOCM). En todo caso las referencias sobre la administración de estos bienes que contiene el art.5° letra a), 53 letra

³⁰⁸ Vid. art.70 LOCGAR, que establece un régimen de bienes especial.

f), 55 letra e) y 78 letra c) LOCM, en nada alteran la condición de los bienes municipales de estar sometidos al derecho común; trátese tales referencias de actos voluntarios de órganos del Estado, y que no empecen en nada a los gravámenes y obligaciones a que los somete la ley, en concordancia con la habilitación constitucional que existe para ello.

De acuerdo a lo anterior, la naturaleza jurídica de los bienes privados o propios del fisco (fiscales), de los gobiernos regionales (regionales) y de las municipalidades (municipales) se ha de estudiar en general a la luz de los principios del derecho privado, pues estos bienes son, en efecto, una propiedad estatal, cuya titularidad está asignada a los servicios o reparticiones fiscales o a los gobiernos regionales o a las municipalidades, respectivamente, a las que está destinada.

4. Actual tendencia legislativa en bienes de uso público.

Para regular los recursos naturales es innecesario declararlos previamente del dominio del Estado. Hemos dejado atrás la infértil discusión sobre la propiedad estatal de los recursos naturales: lo que importa es regularlos para que estén disponibles, con justicia, igualdad, equidad y razonabilidad, a todos los potenciales usuarios y explotadores audaces y cuidadosos³⁰⁹. Existe, en primer lugar, una evidencia indesmentible, que va más allá de las opiniones doctrinarias: la marcada tendencia legislativa chilena observable al respecto. En segundo lugar, ofrezco la argumentación constitucional para demostrar que la estatización requiere reforma constitucional. En fin, ofrezco el abanico de posibilidades regulatorias existente, con posibilidades distintas a la estatización, todo lo cual no impide ni mayor flexibilidad ni mayor rigidez, pues queda incólume la potestad legislativa para regular los recursos naturales del modo más adecuado socialmente.

³⁰⁹ Sigo VERGARA 2012.

Es que el derecho chileno neo-moderno, aquel nacido hace 30 años junto con la caída del Estado del Bienestar, no ha cambiado de tendencia en las regulaciones de los recursos naturales, y ha mantenido básicamente las siguientes características:

1º) ha fortalecido el libre acceso a la extracción, uso o aprovechamiento por los particulares de tales recursos naturales; y

2º) las regulaciones han ido perdiendo de modo muy perceptible todo hábito de propiedad o dominio estatal de tales recursos.

Si observamos bien, se ha ido consolidando la tendencia a desestatizar los recursos naturales. El Estado ya dejó de ser propietario de recursos naturales y de los bienes de alta significación social. La estatización es anti-histórica; está pasada de moda. Es que el legislador nacional no sólo es moderno: es neo-moderno. Los sociólogos parecen no haberlo olfateado aún; los economistas, según sus tendencias, están de fiesta o de funeral; pero desde la perspectiva jurídica, es una evidencia: el legislador chileno ha ido consolidando, paso a paso, una densa tendencia: la desestatización de bienes públicos y recursos naturales. El último ejemplo de desestatización de recursos naturales es la reciente Ley de Pesca, de 2013.

a) La regulación de la pesca fue posible sin declarar previamente que el Estado es propietario de los peces. Pues, para regular la actividad pesquera, del modo que se *quería*, el Congreso Nacional no *requería* auto-declarar al Estado como propietario de los peces (como una Moción Parlamentaria lo había postulado en medio de la tramitación de dicha ley de pesca). Además de ser extravagante declarar al Estado propietario de especies nacidas y aún no nacidas, era innecesario, como lo demostró, con mejor racionalidad y coherencia, el art.1A de la Ley de Pesca recién aprobada.

En efecto, tal disposición, en tres tiempos, ofrece la explicación de un esquema regulatorio impecable:

1º) El Congreso declara la *soberanía* de “los recursos hidrobiológicos y sus ecosistemas” (situados ya sea en aguas terrestres, aguas interiores; mar territorial, Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental);

2º) El Congreso declara su *potestad regulatoria*; y,

3º) El Congreso declara que puede el Estado (a través de la Administración) otorgar *autorizaciones*.

El Poder Legislativo simplemente hizo lo que hay que hacer desde que existe tal Poder: ejercer la potestad legislativa. En verdad, lo que hay detrás de esta declaración es el reconocimiento implícito de que los peces son *res nullius*; de nadie. No se necesitaba declararlos propiedad de nadie para regular su extracción; es que los peces no son apropiables. No consideró necesaria la extravagancia de declararlos de dominio estatal para regular su aprovechamiento. Y este es un imperativo de racionalidad; es difícil explicar, con razonabilidad, el intento de declarar al “Estado” propietario de una masa de seres vivos que van naciendo y muriendo... Pero el tema es más profundo jurídicamente: la desestatización no sólo es una tendencia legislativa muy clara en materia de minas y aguas, y reafirmada ahora en materia de peces, sino que es una exigencia constitucional que suele olvidarse.

b) La regla no estatista de la Constitución para los bienes públicos y recursos naturales de alta significación social. El art.19 N°23 de la Constitución contiene unas reglas muy relevantes respecto de todos los bienes públicos y recursos naturales de alta significación social:

i) En primer lugar, consagra una garantía para los ciudadanos, al declarar que las personas pueden llegar a ser propietarias de todo tipo de bienes, salvo que hayan sido declarados públicos (de la Nación, es la expresión de la Constitución; lo que es bien distinto a lo estatal).

ii) En segundo lugar, se deriva la *summa divisio* (esto es la división mayor) de los bienes en nuestro sistema jurídico, que distingue: por una parte, los bienes

públicos; y, por otra, los bienes privados. Desaparecen de nuestro sistema la propiedad o dominio *estatal* de bienes y recursos altamente significativos; pues o son públicos (de todos, del pueblo; y nunca estatales) o son privados (dentro de estos cabe considerar a los de particulares, del fisco, regionales, de municipios).

iii) En tercer lugar, se consagra una reserva de ley de quórum calificado para incorporar bienes a la categoría de públicos o nacionales.

Cabe señalar que esta regla tiene una única excepción contenida en la propia Constitución, y que más bien aparente: es el caso de las minas.

Por lo tanto, en nuestro régimen vigente, ninguna ley (de ningún quórum) está autorizada para declarar como de propiedad o dominio estatal las grandes masas de recursos o bienes de significación social. De ahí que todas las leyes posteriores a la Constitución, al regular bienes públicos y recursos naturales, no han podido declararlos bienes estatales: ¡sería inconstitucional!

Hay un único caso de descuido, en que el legislador rompió esta tendencia (pero, sin percibirlo, no cabe dudas): es el de la energía geotérmica, cuya Ley (N°19.657, de 2000), la declaró “bien del Estado” (fórmula extraña, que el Tribunal Constitucional, al controlar esta Ley, confundió con un “bien nacional de uso público”). Pero más allá de la cáscara legal, es difícilmente concebible que una energía pueda ser apropiable apriorísticamente para el Estado; y lo que hace la Ley de geotermia, en realidad, es regular esa actividad, sin ningún ánimo apropiatorio.

c) El abanico de opciones regulatorias de los bienes públicos y recursos naturales. Lo que está ocurriendo en la legislación de bienes y recursos naturales es simplemente una respuesta más coherente de los legisladores; es una observación más atenta de la realidad. Y lo más curioso es que pareciera que los legisladores han desestatizado, hasta ahora, por convicción; sin consciencia de estar cumpliendo un mandato constitucional.

Es que el fenómeno de los bienes públicos y recursos naturales significativos (*in rerum natura*) está siendo bien observado por el legislador chileno.

Es coherente con la realidad de las cosas, pues tales bienes y recursos pueden ser considerados jurídicamente de distintas naturalezas (de todas las cuales surge un abanico de posibilidades regulatorias):

i) de dominio del Estado (ampliable a dominio nacional, estatal, o público);

ii) de dominio o propiedad particular;

iii) bienes comunes (ausencia de dominio del Estado o particular).

iv) de nadie (ausencia de dominio: *res nullius*).

En Chile están abandonadas las posibilidades *i*) y *ii*). Están potenciadas las posibilidades *iii*) y *iv*).

Entonces, ¿cuál es la real calificación que hoy debemos dar a los recursos naturales en nuestro país?

La tendencia legislativa actual está clara: la Nación, por cierto, puede regular los recursos naturales (esto es, dictar leyes a través del Congreso Nacional), pero es inútil argumentar para ello una patrimonialización, parecida a la individualista, para el Estado o la Nación.

Hoy en Chile la realidad nos muestra a todos (a ciudadanos y legisladores atentos), y las limitaciones constitucionales así lo exigen, que los bienes públicos y los recursos naturales (todos los de alta significación social), no son en ninguno de los casos estatales. No existe en verdad ejemplo alguno de un recurso natural significativo que sea “de propiedad” estatal (del Estado).

Actualmente, en nuestro país, se ha consolidado una fuerte tendencia a la desestatización de los bienes o recursos relevantes (aquellas masas de bienes altamente significativos), todos los cuales, en nuestro régimen jurídico, más que

de propiedad “estatal” o “nacional”, el legislador considera que son bienes que cabe clasificar en una de las siguientes categorías:

i) *Bienes comunes*: es el caso de las aguas. Se las regula bajo la fórmula de ser “bienes nacionales de uso público”, pero la práctica de su autogestión local por sus usuarios, muda su naturaleza a comunes.

ii) *Res nullius*: es el caso de las minas y peces. El legislador simplemente los “regula”, evitando así todo tipo de apropiación apriorística, ya particular, ya estatal.

Nos alejamos del derecho comparado (recordemos: Chile *es especial*, y desde hace 30 años más bien marca la pauta del derecho comparado; no la sigue dócilmente como antaño): en el derecho anglosajón, estos recursos suelen ser de los particulares; en el derecho estatista de la vieja Europa y de algunos países latinoamericanos antiliberales, estos recursos siguen siendo inútilmente estatales.

Pareciera que en nuestro país hemos ido dejando atrás la infértil discusión sobre la propiedad estatal de los recursos y bienes relevantes: lo que importa es *regularlos*, bajo reglas y principios adecuados, y que estén disponibles, con justicia, igualdad, equidad y razonabilidad, a todos los potenciales usuarios y explotadores audaces y cuidadosos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALDUNATE LIZANA, Eduardo y FUENTES OLMOS, Jessica, “El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVIII, pp. 195-221.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1974), *Curso de Derecho Civil. De los bienes y los derechos reales* (Santiago, Editorial Nascimento), 1030 pp.

CELUME BYRNE, Tatiana (2013): *Régimen público de las aguas* (Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters), 420 pp.

CLARO SOLAR, Luis (1930): *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, tomo 6, De los bienes, I* (Santiago, Imprenta Cervantes), 675 pp.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2008): “De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI, 2º semestre, pp. 493-525.

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*, XXIX, 2º semestre, pp. 269-298.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2010): “Los bienes públicos y su naturaleza a la luz de la legislación chilena”, *Revista de Derecho Administrativo*, N°4, pp. 1-18.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2011): “Ordenamiento territorial, justicia ambiental y zonas costeras”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, 1er semestre, pp. 209-249.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999): *Los derechos constitucionales, tomo III* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 455 pp.

MONTT OYARZÚN, Santiago (2001): “La administración del Estado y los bienes: Entre lo público y lo privado”, *Revista Derecho y Humanidades*, N° 8, pp. 265-277.

MONTT OYARZÚN, Santiago (2002): *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización* (Santiago, Editorial Conosur-LexisNexis), 421 pp.

PESCIO, Víctor (1978): *Manual de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Jurídica), t. III, 413 pp.

PRADO BUSTAMANTE, Santiago (1859): *Principios elementales sobre el Derecho Administrativo chileno* (Santiago, Imprenta Nacional), 318 pp.

RIVERA BRAVO, Daniela (2013): *Usos y derechos consuetudinarios de agua* (Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters), 480 pp. [=tesis doctoral, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2011].

ROJAS CALDERÓN, Christian (2010): “La distribución de las aguas en el derecho chileno. La actividad desarrollada por las juntas de vigilancia” (tesis doctoral, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile).

SÁINZ MORENO, Fernando (1985), “Dominio Público, patrimonio del estado y patrimonio nacional”, en: *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978, tomo X* (Madrid, Edersa), pp. 123-217.

SILVA CIMMA, Enrique (1969): *Derecho Administrativo chileno y comparado, vol. II* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 343 pp.

SILVA CIMMA, Enrique (1995): *Actos contratos y bienes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 336 pp.

VERGARA BLANCO, Alejandro (1989): “La Teoría del dominio público: el estado de la cuestión”, en: *Revista de Derecho Público*, Vol. I, N° 114 (Madrid), pp. 27-58.

VERGARA BLANCO, Alejandro (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; y, subsuelo de bienes públicos”, *Actas de las XXVII Jornadas de Derecho Público (Valparaíso, 20, 21 y 22 de noviembre de 1996)*, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XVIII, pp. 423-434.

VERGARA BLANCO, Alejandro (1999): “Naturaleza jurídica de los «bienes nacionales de uso público»”, en: *Ius Publicum* N° 3 (Santiago, Universidad Santo Tomás), pp. 73-83.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2001): “La summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980”, en: *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001* (Santiago, Conosur-Universidad Finis Terrae), pp. 369-389. Republicado en: (2004) *Ius Publicum*, N° 12 (Santiago, Universidad Santo Tomás), pp. 105-126.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2003): “Nouveaux biens face au droit? Vieux et nouveau regard juridique sur les biens et ressources naturelles au Chili”, en: *La Propriété, Travaux de L' Association Henri Capitant, Journées vietnamiennes*, T. LIII (París, Société de législation comparée), pp. 255-270.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2004): “El novísimo Derecho de bienes públicos y recursos naturales en Chile. *Publicatio* y derechos reales administrativos”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 49 (Buenos Aires, LexisNexis), pp. 575-589.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2012): “Para regular los recursos naturales es innecesario declararlos previamente del dominio del Estado”, en: *El Mercurio Legal*, 28 de diciembre.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2013): “La teoría de los derechos reales administrativos en la obra de Hauriou, su lento reconocimiento y actual consagración como *genus y nomen iuris*”, en: Matilla Correa, Andry; Santofimio Gamboa, Jaime; y Santaella Quintero, Héctor [coord.], *Ensayos de Derecho Público. En memoria de Maurice Hauriou* (Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia), pp. 597-638.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2014): “Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los «núcleos dogmáticos»”, en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 41 N°3 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 957-991.