

Derecho Administrativo

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

49

EL NOVÍSIMO DERECHO DE BIENES PÚBLICOS Y RECURSOS NATURALES EN CHILE. *PUBLICATIO* Y DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS

por ALEJANDRO VERGARA BLANCO *

La necesidad de reflexionar sobre los bienes y recursos naturales, y la regulación jurídica que los distintos sistemas jurídicos han ido realizando a su respecto, nos permite observar nuevamente la conexión entre los dos brazos más persistentes de la clasificación del fenómeno jurídico: el derecho público y el derecho privado. Los bienes y recursos naturales que prodiga la naturaleza no sufren modificaciones; lo que ha sufrido modificaciones es, primero, la realidad de su aprovechamiento por los hombres y, en seguida, la explicación que ofrece el derecho a tales nuevos usos y aprovechamientos. Íntimamente ligado a lo anterior, las soluciones jurídicas han debido considerar, cada vez más intensamente, el papel que le corresponde al Estado en la adquisición y uso de estos bienes, y en la protección que le entrega el ordenamiento jurídico a los adquirentes individuales de estos bienes.

Para comprender esta nueva mirada jurídica es necesario realizar un esquema sobre la regulación básica de las cosas y bienes ante el derecho chileno; del modo en que se han clasificado las cosas y bienes, ya sea que las consideremos como bienes (desde la perspectiva del derecho civil) o como recursos naturales o de uso común (desde la perspectiva de las especialidades respectivas del derecho administrativo de los bienes públicos: aguas, minas, calles, plazas, y otros bienes del llamado “dominio público”, en la tradición francesa, por ejemplo), y la estructura de su “dominio”. A partir de este esquema podremos comprender, ante el orden jurídico chileno, las posibilidades de adquisición del dominio, o de derechos reales, respecto de ellas, y el papel que le corresponde tanto al Estado, en su papel de regulador/legislador o de administrador; como a los particulares, ya sea que se trate de personas naturales o de personas jurídicas privadas o públicas, que en este caso han de actuar como tales: es el caso

* Profesor de Derecho Administrativo (y de las especialidades: minería, aguas y electricidad) de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

del fisco, los gobiernos regionales y las municipalidades, y otras personas jurídicas de derecho público, con estatutos especiales.

En definitiva, observaremos que el sistema jurídico ha tenido por virtud “liberar” nuevos bienes (más bien nuevos derechos), respecto de cosas y recursos naturales que en una situación anterior eran considerados de “propiedad” estatal y que en la actualidad deben ser calificados de otro modo, para cuya explicación cabe utilizar el par de conceptos *publicatio/apropriatio* (A).

Pero, una vez revisada esta clasificación, observaremos que la “adquisición” de algunos de estos bienes, o de derechos sobre estos bienes, se ha ido haciendo más compleja en los sistemas jurídicos, como el chileno, que ha operado a través del reconocimiento de derechos al uso de tales bienes de un modo indirecto, utilizando siempre indirectamente, como principio ontológico, al derecho de propiedad; no se realiza a través del reconocimiento directo de un derecho real, distinto a la propiedad, entre el titular y un bien, como en el caso de la propiedad. El problema fenomenológico es el siguiente: en la relación jurídica del “derecho de propiedad” es reconocible un derecho que vincula directamente a su titular, el propietario, con el bien, que consiste en cosas “apropiables”, como un fundo, un automóvil; pero en la relación jurídica de los “derechos” de los particulares a utilizar recursos naturales, regidos por el derecho público, como una plaza, como las aguas, como las minas, en que en la configuración del novísimo derecho chileno, en estricto sentido, no hay “propiedad” estatal, ni de nadie, no se ha construido una relación jurídica directa entre el titular del derecho y tales “cosas”, sino indirecta, por intermedio de la propiedad, y se refiere el sistema a un “derecho de propiedad sobre el derecho a utilizar y aprovechar la cosa (las aguas, las minas, un trozo de dominio público, etc.). Esta singularidad actual del sistema chileno es fruto de la aplicación de políticas de liberalización económica, pero además es el resultado de un sistema jurídico en que sus juristas difícilmente adecuan su modo de pensar a las nuevas realidades. En fin, es un caso más, entre los numerosos que ofrece la historia jurídica, de la aplicación de la figura de la propiedad a realidades distintas a las que le dieron origen al *dominium* (B).

I. LA SUMMA DIVISIO DE LOS BIENES EN EL DERECHO CHILENO

Hoy la propiedad, en su acepción constitucional es más bien una garantía: la titularidad protegida. Es una suprainstitución; y su relación con la expresión “dominio” no siempre es de sinonimia.

Si nos centramos en la propiedad raíz, y observamos su estatuto histórico-jurídico, veremos que éste ha tenido una evolución marcada por dos grandes sistemas opuestos: por una parte, lo que se ha llamado la “propiedad simultánea”, que habría regido en los derechos europeos desde el siglo X hasta fines del siglo XVIII; y, por otra, la “propiedad exclusiva”, impuesta a partir de la

Revolución Francesa, utilizando para ello elementos (más o menos renovados o deformados) del derecho romano. No podemos olvidar que la raíz de la codificación civil chilena (en donde se reguló por vez primera de modo sistemático la propiedad de las cosas y bienes) descansa en la francesa, llevada adelante en ese modelo de lo exclusivo; de ese modo se extendió a todo el territorio nacional el estatuto de la propiedad. Si bien el Código Civil estableció una regulación básica, la propiedad ha ido siendo reconfigurada de distintos modos, dada su constitucionalización, que devino más intensa a partir de 1967, regulaciones constitucionales que no sólo consagraron la usual inviolabilidad sino que vinieron a alterar su estatuto íntegro.

Pero la realidad es más amplia, y junto a esos bienes tradicionalmente resguardados por la titularidad propietaria descubrimos otros recursos (a), los cuales originan una dualidad en el derecho general de los bienes, que podemos llamar *publicatio/apropriatio* (b), en que las titularidades estatales y posibilidades de acceso de particulares han recibido un nuevo diseño del sistema jurídico chileno a partir de la Constitución de 1980 (c).

a) *Bienes, recursos naturales y de uso público*. No son reguladas por las legislaciones aquellas cosas susceptibles de propiedad, sino también aquellas otras que quedan fuera de su alcance, como las cosas que llamamos “recursos naturales” (aguas, minas) y aquellas cosas abiertas al uso público (calles, plazas), todas las cuales tienen una importante interrelación.

A partir de la delimitación indicada, quedan fuera de este análisis el contenido de la propiedad civil, su inviolabilidad u otros análisis relativos al papel de la misma como titularidad de otros derechos (que llamo la “propietarización de los derechos”¹), por la vía de considerarlos bienes incorpóreos. Sólo me centraré en ofrecer el esquema indicado y alguna referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

b) *La bipolaridad publicatio/apropriatio*. Los bienes, el dominio y su adquisición es un tema que, a primera vista, pareciera que sólo cabe analizarlo desde la perspectiva del derecho civil; pero resulta que sólo aquellos que son susceptibles de propiedad son regulados por esa parcela del derecho. El sector jurídico de la realidad que abarca el derecho civil con relación a las cosas, es aquel que llamo de la *apropriatio*; el *qued* se distingue de su bipolaridad, de su contrario: la *publicatio*.

La disciplina que, entre otros aspectos, estudia y sistematiza las relaciones de los particulares con las cosas es el derecho civil, el que siempre ha visto reducido su análisis a aquellos bienes que han quedado situados por el ordenamiento jurídico en el gran sector de los bienes “apropiables”, esto es, suscep-

¹ Véase más adelante, 2ª parte de este trabajo, y VERGARA BLANCO, Alejandro, “La propietarización de los derechos”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1992, nro. 14, ps. 281/291.

tibles de apropiación, de hacerlos propios; susceptibles, en definitiva, de propiedad. Y tal propiedad puede ser adquirida por los modos normales que disciplina el derecho civil para las relaciones *inter privatos*: transferencias (compraventas), prescripción, previa ocupación o posesión más un plazo. Así, los particulares libremente van transfiriendo los bienes de propietario (re)conocido; o los particulares van, en su caso, ocupando, poseyendo y prescribiendo aquellos otros de propietario (des)conocido (o que se le desea desconocer su titularidad). Ése es el gran sector de los bienes que podemos llamar de la *appropriatio*, o sea de todos aquellos bienes que el régimen jurídico permite a los particulares apropiar(se): ya sea directamente (a través de un título histórico que hoy ha devenido legítimo por su inscripción registral incluso) o traslativamente (a través de la transferencia o adquisición a quien ostentaba previamente la titularidad respectiva). Y este sector de la *appropriatio* es el sector de las cosas regulado por el derecho civil.

De frente, y como una bipolaridad, esto es, contraponiendo naturaleza jurídica, principios e instituciones cardinales, podemos situar el sector de los bienes que han sido publicados, esto es, el sector de la *publicatio*; en el que han quedado relegadas las demás cosas no susceptibles de ser apropiadas por los particulares: es un sector jurídico en el que se sitúan las cosas y bienes publicados, que no son susceptibles de propiedad. Usualmente son recursos naturales y bienes abiertos al uso público, de especial significación social. La doctrina y las legislaciones a estos últimos bienes les llaman de diversos modos: “dominio público”, “bienes públicos”, o (como es el caso chileno desde el Código Civil de 1857), “bienes nacionales de uso público”. Pero, en todo caso, todos percibimos la existencia de esta dualidad de regímenes, en especial de estos bienes o cosas publicadas. A estos bienes publicados se les suele asignar características de la propiedad, previos algunos “retoques”; así, se dice, por ejemplo, que constituirían unas “propiedades especiales”; o se predica de tales cosas, para distinguirlas por oposición, de la propiedad, su: (in)alienabilidad, su (in)embargabilidad, su (im)prescriptibilidad.

Esta bipolaridad está incorporada a nuestro derecho desde los inicios del siglo XIX, pero hoy a partir de la Constitución de 1980 ha adquirido una nueva estructuración, en especial en cuanto a la regulación estatal y a las posibilidades de que tal ente pueda ostentar titularidades especiales.

c) *Reserva de bienes públicos y acceso al dominio de los bienes*. Estos dos ámbitos jurídicos que llamo *appropriatio* y *publicatio*, en cuanto a su contenido, deben ser establecidos por las leyes, de acuerdo con un mandato constitucional hoy existente. En palabras breves, veremos que de acuerdo con el actual texto de la Constitución (art. 19, nro. 23), podemos decir que “todas las personas” tienen garantizado que el legislador no impedirá la adquisición de “toda clase” de bienes o cosas, salvo que, en casos calificados, hayan sido declaradas *res communis omnium* o *res publicae* (esto es, en este segundo caso, pertenezcan a la

Nación toda). Así, se ha establecido por la Constitución una “reserva nacional” de cosas o bienes; una efectiva posibilidad de que el legislador (actuando con un *quorum* calificado) pueda reservar ciertas categorías de bienes (o, masas de bienes) a la “Nación toda”, esto es, establecer bienes públicos. Al mismo tiempo, se ha dejado en esa misma condición de reserva o inapropiabilidad privada, a los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres.

Con el objetivo de identificar claramente el ámbito de esa garantía, desarrollaré el contenido de esta *summa divisio* establecida en la Constitución. La *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, nro. 23), que modifica y reconfigura el ordenamiento jurídico chileno a este respecto.

A partir de los términos de la Constitución 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 en Chile, hoy: o son públicas (nunca estatales, a raíz de la clara contraposición Estado/Nación que articula la Constitución en esta materia) o son privadas.

A la dualidad público/privado (*publicatio/apropriatio*), que hemos reseñado antes (y que es la que tiene una real operatividad práctica), la Constitución ha antepuesto las *res communis omnium*; por lo que la *summa divisio* de las cosas que resulta de la CP es la siguiente: bienes comunes a todos los hombres (A), públicos (B) y, en fin, privados (C). Desarrollaré algunas ideas básicas sobre el estatuto jurídico de cada una de estas clases de bienes.

1. Los bienes comunes a todos los hombres

Usualmente se considera en tal categoría al aire (no el espacio geográfico) y el alta mar (y la estratósfera). El régimen de estos bienes es el de la no apropiabilidad. Son los llamados bienes “libres”. Su régimen jurídico consiste precisamente en su no-regulación.

2. Los bienes públicos o nacionales

En una situación claramente definida han quedado los bienes públicos o nacionales de uso público o “que deban pertenecer a la Nación toda”, concepto éste cercano a “pueblo”, en quien reside la soberanía, y 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 pertenecen al Estado, ni a alguno de sus órganos. Debe recordarse que el Estado es un concepto al que la propia

Constitución le da expresamente un contenido diferente a "Nación"; aclaración ésta que podrá parecer trivial, pero que en el habla común suele confundirse o teñirse de confusiones, lo que hace 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.

Son bienes públicos los que la legislación denomina "*bienes nacionales de uso público*", como las "*calles, plazas, puentes y caminos*"; o las aguas; o los álveos o lechos de ríos o lagos, el mar adyacente, entre otros.

Algunos rasgos del régimen de estos bienes:

a) *Abiertos al uso público*. Por ejemplo la Constitución 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) *Régimen de excepción*. De acuerdo con la Constitución (art. 19, nro. 23, inc. 1º) 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 *quorum* calificado (inc. 2º), 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, éste de los bienes nacionales o públicos es un régimen de "excepción", para "algunos bienes", 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 *quorum* calificado.

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 anteriores textos constitucionales lo han entendido. Por lo que, a partir de la vigencia de la Constitución de 1980, el Estado no es una "entidad" habilitada para ser titular, en bloque, de bienes o categorías de bienes de alto interés social; sólo quedarán para la "Nación toda", al uso "del público".

Y, en este caso, la única excepción válida es la contenida en la propia Constitución (lo que prueba la regla), en el caso de las minas. En efecto, la Constitución (art. 19, nro. 23, inc. 1º *in fine*) "reconoce" que existe una clase de bienes que si bien en estricto rigor, siguiendo la sistemática global de la Constitución, debieron haber sido considerados como pertenecientes a la "Nación toda", ella misma quiebra esta clasificación, y declara a las minas como de "dominio" del Estado (art. 19, nro. 24, inc. 6º). ¿Por qué lo hizo así, quebrando la lógica de la clasificación, que impide al "Estado" ser titular de bienes que han de ser de la Nación toda?

Podemos responder (sólo después de recalcar que las minas son unos bienes que por lógica o racionalidad sistemática de la Constitución “deben pertenecer a la Nación toda”) que ello se debe a razones de arrastre histórico, y como mera cuestión semántica (para aquietar una pugna patrimonialista/estratégico-militar contra el dominio eminente/liberal), las minas quedaron entregadas en el texto de la Constitución al “dominio” del Estado, lo que es del todo raro y excepcional en su esquema. La prueba más rotunda de lo que decimos es que la propia Constitución somete a las minas a un régimen idéntico a un bien nacional o público, y los particulares podrán tener acceso a su exploración o explotación por la vía concesional, con amplia libertad, muy similar a otros esquemas concesionales, como el de las aguas.

c) *La inenajenabilidad, o inalienabilidad.* Estos caracteres de los bienes públicos surgen del propio hecho de que no hay libertad para adquirirlos, por lo que las disposiciones civiles no podrían, por ejemplo, amparar su legado, venta o prescripción (como de hecho ocurre en el Código Civil), 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 desafectación es, en los hechos, un traslado de bienes específicos desde la *publicatio* a la *appropriatio*.

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 la Constitución, y se realice por ley de *quorum* calificado), o por una excepcionalísima desafectación particular (un trozo de camino público abandonado).

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.

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, nro. 23, Código Procesal.

1º) *Los bienes privados (o propios) de los particulares.* Tradicionalmente han estado regulados en un texto codificado, 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, CCiv.) se rigen por el derecho llamado “común” creado para ello; pero, 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*).

2º) *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. 6º y 7º, 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, se rigen por el “derecho común”, al igual que todo otro bien privado. 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.* Además, según la ley 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. De este modo, por ejemplo, la Ley de Servicios Eléctricos 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:

a) Por lo dicho anteriormente, aun cuando la Constitución Política (CP) 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.

b) Cuando el Estado/fisco desarrolla actividades empresariales, lo ha de hacer en un completo pie de igualdad con los particulares 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.

c) Según la Constitución 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, CCiv.); 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.

3º) *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. 100, inc. 3º, CPr.). A su respecto rigen las mismas apreciaciones señaladas para los bienes fiscales, salvo las reglas especiales establecidas en la ley respectiva.

4º) *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. 107, inc. 2º, CPr.). Los bienes municipales, por expresa disposición de la ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (art. 27), se rigen por el derecho llamado “común”.

La legislación sectorial municipal también es explícita, al señalar 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. 28, inc. 1º, ley 18.695).

De acuerdo con 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.

II. NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS O TITULARIDADES DIRECTAS SOBRE LOS VÍNCULOS JURÍDICOS. EL CASO DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS

1. Diagnóstico: la propietarización de los derechos

a) Con exclusión de alguna doctrina escasa que (siguiendo criterios de fuentes francesas, por ejemplo ²) no se conoce en Chile la categoría de los derechos reales administrativos; la legislación no ha reconocido la existencia, en los supuestos en que dogmáticamente es posible; y la jurisprudencia tampoco ha desarrollado la categoría. Ni se ha desarrollado ninguna otra categoría que permita explicar fenomenológicamente, de modo directo, la relación jurídica entre el titular de un derecho y un uso o aprovechamiento relativo a bienes públicos.

Por el contrario, en los casos en que se presenta como una necesidad ineludible, por lo que sea, se ha optado por otros caminos, y, en muchos casos, de esa elección han resultado desnaturalizaciones de principios jurídicos.

Sólo mencionaremos un caso paradigmático de esta falencia jurídica chilena: las disposiciones constitucionales y legales sobre las minas; caso éste que se puede aplicar a otros más en que existe una declaración previa de *publicatio*, o en otros términos, de “dominio público” (en la tradición francesa), como los derechos de utilización de las aguas (que en general son bienes públicos) o derechos de utilización privativa de pequeños espacios de plazas y espacios públicos (que son bienes públicos). Comprobaremos cómo, en este caso, de haber recurrido a esta vieja figura del derecho real administrativo, o a alguna otra fórmula directa, las vías de solución habrían sido más armónicas con la ciencia del derecho.

No obstante, al parecer, el legislador, e incluso, el constituyente, no siempre sigue de cerca el avance de la ciencia jurídica, y, tercamente, se abandona a una creación jurídica que puede desnaturalizar el derecho, y provocar hondas confusiones.

En todo caso, como no podemos perder de vista la utilidad que las soluciones jurídicas han de tener para algunas soluciones jurídicas, nuestra aprensión proviene precisamente de ese hecho: el reconocimiento de la categoría jurídica de los derechos reales administrativos sería de gran utilidad para el ordenamiento jurídico chileno.

b) Queremos llamar la atención de la necesidad del reconocimiento de esta categoría jurídica por parte de la legislación, incluso, constitucional; la doctrina y la jurisprudencia.

En efecto, ante la existencia de los supuestos que aquí hemos señalado (esto es, por ejemplo, un bien de dominio público, una concesión que regula su

² Véase por todos, últimamente: YOLKA, Philippe, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, t. 191, Bibliothèque de Droit Public, LGDJ, Paris, 1997 ps. 311 y ss.

aprovechamiento exclusivo, y un derecho que ha nacido para el concesionario), se está en presencia de un derecho real administrativo. Caso paradigmático, como decimos, son los derechos mineros (e, incluso, se podría agregar, los derechos de agua, y todo otro derecho “real” sobre dependencias que sean bienes públicos, o del “dominio público”).

Como decíamos en 1989, “el inconveniente con que nos encontramos al pretender aplicar esta realidad frente al ordenamiento legal chileno, es que éste, no ha reconocido validez (y seguridad jurídica, que de esto se trata) a estos derechos, como tales, sino siempre a través de una desnaturalización: considerándolos o vinculándolos a la propiedad. Y sólo bajo su garantía se les presta protección. Se recurre, aun indirectamente, al viejo camino de cosificar los derechos”³.

Es lamentable, a nuestro juicio, cómo esta cosificación que, hace algunos años, ha invadido a la ciencia del derecho, se traslada ahora, por vía legislativa (constitucional), al derecho administrativo y a todas las especialidades relativas a la definición de los vínculos de uso y aprovechamiento particular respecto de bienes previamente publicados, esto es, declarados bienes públicos (o dependencia del dominio público, en la tradición francesa).

Ejemplo de lo anterior es el art. 19 nro. 24, inc. 9º de la Constitución. Dice: *“El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número”*.

Este nro. 24 del art. 19 de la Constitución trata, en general, del derecho de propiedad.

2. La carencia de una categoría jurídica para definir titularidades públicas y dar seguridad a los derechos

A nuestro entender, esto es consecuencia, lo menos de lo siguiente:

a) De la falta de un uso correcto de las categorías jurídicas

Ejemplo de ello es la confusión de la verdadera naturaleza jurídica y alcances de una concesión administrativa, que es un acto de la administración, del que surgen los derechos “reales” sobre estos “nuevos” bienes.

³ Esta constatación en p. 492 de *Actas*, cit., en nota 1; tema que retomo después en el trabajo de 1992, “La propietarización...”, cit. Con posterioridad, ha enfocado el tema, con mucha riqueza histórico-jurídica: GUZMÁN, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, Editorial Jurídica, Santiago, 1995, en que postula que esta vinculación indirecta de la propiedad sólo tiene por objeto definir la “titularidad”; y, DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, “Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 93, 3 (1996) I, ps. 107/137, quien tiene al respecto un juicio “a lo menos reservado”, y señala que este fenómeno de la propietarización, consagrado por la práctica, “parece difícil de contener”.

Por una parte, no es posible decir (sin confundir gravemente la naturaleza de las instituciones jurídico-administrativas) que se tiene *dominio* sobre una concesión, pues, ésta, antes que nada, es un título del cual nacen derechos. Es, si se quiere, puro procedimiento. Es el resultado final, o, materialmente, el acto terminal de todo el procedimiento administrativo concesional. No se debe olvidar la clasificación tan usual de actos trámite y actos terminales, en el procedimiento administrativo. Pues bien, la concesión, como título que es, constituye un acto terminal.

No se puede tener dominio sobre la concesión. Es jurídicamente algo imposible. El constituyente ha confundido las cosas, pues no debió introducirse aquí una cuestión de dominio o propiedad sobre la concesión (como erróneamente lo dice el texto constitucional), sino que, por tratarse de garantizar un derecho (el que emana de la concesión minera), se debió haber dicho eso directamente. Por ejemplo, se pudo haber dicho algo así: “los derechos que emanan de las concesiones mineras están protegidos del siguiente modo, etc. (de la expropiación, por ejemplo)”.

Por otro lado, en este mismo nro. 24 del art. 19 de la Constitución, se diferencia entre una pretendida “concesión judicial” y una “concesión administrativa” (incs. 7º y 10, respectivamente), no parando mientes que, en el fondo, en cuanto a naturaleza jurídica (pues hasta el sitio debe llegar la mirada del jurista) siempre se tratará de lo mismo: de una concesión, regida por el derecho administrativo, de la cual nacen, siempre, derechos reales administrativos⁴. La concesión minera siempre será concesión (y, como tal, se regirá por el derecho administrativo: por lo que siempre será administrativa, primero, y luego, por el derecho minero, y pasará a llamarse “concesión minera”), sea cual sea la sede en que se tramite, ya judicial ya gubernamental: en ambos casos se está elaborando actos administrativos. Por lo demás, en todo el procedimiento puede no haber contienda entre partes; y si la hay, deviene en proceso. Por lo tanto, siempre, tanto la sede, como el resultado será administrativa.

b) De la necesidad constante de buscar seguridades a los derechos

Sobre todo, cuando ni la Constitución ni las leyes otorgan una seguridad directa sobre cada uno de estos derechos, relativos a los “nuevos” bienes (sobre

⁴ Ejemplo de esto es la misma discusión de los constituyentes sobre la materia minera. Conf. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesiones 171ª a 175ª. Véase especialmente ps. 5 y 7 de la sesión 171ª. Asimismo, en la discusión de la materia de aguas, ocurre algo similar: Conf. *Actas*, sesiones 182ª a 184ª, ps. 16 y ss. Un ejemplo de lo que se dice, véase en: OSSA BULNES, Juan L., *Derecho de minería*, Santiago, Editorial Jurídica, 1998, p. 53, para quien la concesión “se aparta del concepto y los alcances que se atribuyen habitualmente a la concesión, sobre todo a la administrativa”, opinión que, a nuestro juicio, no es la correcta en estas materias. Sobre esta confusión doctrinal y legislativa, ver VERGARA BLANCO, Alejandro, *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-dogmático*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, ps. 330/334.

dependencias del dominio público), sino siempre de manera indirecta por la vía de la propiedad. Esto emana, en gran medida, del hecho de que la Constitución no establece más que la indemnización por la expropiación “de la propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio”, no mencionándose expresamente a los derechos, los que, de por sí, y sin necesidad de recurrir a un vínculo suyo con la propiedad, debieran declararse expresamente objeto de indemnización en caso de expropiación ⁵.

Para llegar, hoy en día, y de acuerdo con los textos vigentes, a la protección de los derechos (sobre todo, protección de la expropiación) el silogismo ha de partir del art. 19 nro. 24, inc. 1º de la Constitución, pues, se dice, que la garantía constitucional cubre “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o *incorporales*”. Se sigue en el art. 565, CCiv., que dice que las cosas incorporales son “las que consisten en meros derechos”, y, aquí cierra el razonamiento necesario, en el art. 583 de tal Código, que agrega que “sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad”.

Creemos que esta técnica constitucional debe mejorarse, y es necesario al respecto el aporte de la doctrina y de la jurisprudencia. ¿Cómo es posible que para garantizar un derecho subjetivo público (como lo es el derecho real administrativo que surge de las concesiones mineras ⁶) haya sido necesario recurrir a esta desfiguración del derecho de propiedad (originada, como sabemos, en la que denominamos “propietarización” de los derechos)? ¿No habría sido más correcto garantizar directamente a los derechos, como tales derechos?

En todo caso, entendemos que éste es el resultado de una singularidad de la cultura jurídica chilena: la necesidad de buscar garantías para algunos derechos, seguridad que al alero de la propiedad es posible lograr. Éste es, en el fondo, como se ha dicho respecto de otra situación ⁷, el resultado de cierta inepticia doctrinaria en el tema de los derechos adquiridos en el derecho público.

⁵ Ejemplo de lo que propugnamos existe en la legislación comparada. Por ejemplo, el art. 33.1, Constitución española establece que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización...”. La Ley de Expropiación Forzosa española, de 1954, amplía aún más esto al hablar de “derechos o intereses patrimoniales legítimos”, en torno a lo cual se ha ido perfilando una nutrida pero clara jurisprudencia. Véase al respecto: PERA VERDAGUER, FRANCISCO, *Expropiación forzosa*, 3ª ed. especialmente. Barcelona, Bosch, 1987, ps. 58 y 224, para el caso específico de los derechos reales administrativos que emanan de concesiones, y que son objeto de expropiación.

En el caso de Francia, la titularidad y la seguridad, por lo tanto, se obtiene mediante el reconocimiento primero jurisprudencial, luego ampliamente doctrinario, y ahora legal de los “derechos reales administrativos”, de lo que es su última demostración la ley de 25/7/1994, y su reforma del *Code du domaine de l'État*, calificada de “audaz” (Godfrin, CJEG, 1995, p. 1). Ver amplios desarrollos en YOLKA, cit., ps. 385 y ss.

⁶ Véase, por todos, FOULQUIER, NORBERT, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe. Au XXe. siècle*, Dalloz, Paris, 2003.

⁷ Véase SOTO KLOSS, EDUARDO, “Los derechos adquiridos en el derecho público chileno

En definitiva, reconocemos que hoy están garantizados constitucionalmente los derechos (ya civiles, ya públicos; especialmente, los que emanan de las concesiones), pero a un alto precio para la ciencia jurídica: la desnaturalización de las instituciones definidas por la dogmática, la cual no puede ser ignorada por el legislador ⁸.

III. CONCLUSIONES

1. “Nuevos” bienes ante el sistema jurídico chileno

1º) Existe un sector de los bienes que podemos llamar de la *appropriatio*, en el que se encuentran todos aquellos bienes que el régimen jurídico permite a los particulares apropiarlos, que es regulado por el derecho civil.

De frente, y como una bipolaridad, esto es, contraponiendo naturaleza jurídica, principios e instituciones cardinales, podemos situar el sector de los bienes que han sido publicados; éste es el sector de la *publicatio*, en el que han quedado relegadas las demás cosas no susceptibles de ser apropiadas por los particulares, que no son susceptibles de propiedad.

2º) La Constitución Política ha diseñado una clasificación de los bienes o cosas, que los sitúa en tres posiciones: ya como comunes a todos los hombres; ya como pertenecientes a la Nación toda (los bienes públicos); ya como susceptibles de ser adquiridos por las personas naturales y jurídicas de derecho privado y público (esto es, ser apropiados, susceptibles de ser convertidos en algo propio). En esta última categoría se encuentran no sólo los bienes de los particulares, sino también los del fisco, de los gobiernos regionales o de las municipalidades, y de toda otra persona jurídica de derecho público.

3º) El régimen de los bienes comunes a todos los hombres es de la no apropiabilidad. Son los llamados bienes “libres”, y su régimen jurídico consiste precisamente en su no-regulación, salvo casos muy excepcionales.

4º) La Constitución Política ha dejado en una situación claramente definida a los bienes públicos o nacionales de uso público o “que deban pertenecer a la Nación toda”, concepto éste cercano a “pueblo”, en quien reside la soberanía, 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 pertenecen al Estado, ni a alguno de sus órganos.

5º) De acuerdo con la Constitución Política los bienes que deban pertenecer a la Nación toda (en los casos en que “la ley lo declare así” y quede afecta

(Réquiem para una ineptia doctrinaria)”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 81, 1984, 1, ps. 13 y ss.

⁸ Conf. históricamente, las conclusiones de GUZMÁN, Alejandro, *La fijación del derecho*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1977, ps. 42 y 119.

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 *quorum* calificado, y sólo respecto de “algunos” bienes, pues la regla general para “toda clase de bienes” es la libertad de adquirir.

6º) Los bienes privados (o sometidos a su régimen), son los 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 estos 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”.

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, nro. 23, Constitución Política.

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.

2. La titularidad y protección jurídica (in)directa sobre estos “nuevos” bienes

1º) Por medio de la teoría de los derechos reales administrativos se establece la naturaleza jurídica del derecho que, sobre el dominio público, nace a favor de un particular a partir de una concesión administrativa. En otras palabras: califica jurídicamente el derecho que crea *ex novo* la concesión, cuando se trata de un derecho sobre bienes públicos (dependencias del dominio público, en la tradición francesa).

2º) La legislación chilena no reconoce la categoría jurídica de los derechos reales administrativos, no otorgándoles, directamente, como tales derechos, protección, sino sólo a través de la garantía de la propiedad. Ello ha sido causa de constantes desnaturalizaciones por la doctrina y la legislación, la que, ante casos que claramente configuran tal categoría, no los ha reconocido como tales.

3º) Todo lo anterior es fundamento suficiente para estimar recomendable la adopción por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de tal categoría, prestando directamente seguridad jurídica a un titular de derechos, pura y simplemente, como tales derechos, sin necesidad de recurrir a cobijarlos bajo el alero de la propiedad. Ello, obviamente, requiere esfuerzos doctrinales previos.