

EDUARDO CORDERO Q.

*Profesor Titular de
Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Doctor en Derecho,
Universidad Carlos III de Madrid*

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO



DERECHO PUCV

Colección Legal
Serie Monografías y Escritos Reunidos
Escuela de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso



CÁTEDRA DE
DERECHO PÚBLICO
PUCV

© Eduardo Cordero Q., 2023
Registro de Propiedad Intelectual N° 2023-A-8398
ISBN: 978-956-6170-26-6

Derechos Reservados
Tirada: 500 ejemplares

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso de los editores.

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Avenida Brasil 2950
Valparaíso

Editado por Editorial Libromar SpA

Se terminó de imprimir esta primera edición en agosto de 2023

Impresión: Castro & Mac Donald solo actúa como impresor

IMPRESO EN CHILE

CAPÍTULO XI

LOS BIENES PÚBLICOS

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente el uso y disfrute de las cosas han estado sujetos a una suerte de régimen bipartito, que desde el Derecho romano se ha considerado como la división básica o fundamental de los bienes. Esta *summa divisio* coloca, por una parte, un conjunto de bienes en el tráfico jurídico ordinario, que permite a los particulares adquirir, usar y disponer de la forma más amplia de los bienes que conforman su patrimonio. Por otra parte, existe una categoría de bienes sujeto a un régimen exorbitante en donde predominan los intereses públicos y, sobre todo, el cumplimiento de una función pública o la prestación de un servicio que se debe garantizar a la comunidad en su conjunto.

Esta constante histórica en el régimen de los bienes —que ha girado en torno a la apropiabilidad o inapropiabilidad, al uso individual o colectivo, a los intereses públicos y privados que implica su uso y disposición—, no solo tiene importancia desde una perspectiva histórica, sino también sincrónica, en la medida que implica una división de los bienes (y en el caso del suelo, del espacio), que conlleva a una segregación y, a la vez, relación de lo público y lo privado, esto es, de aquello que estará entregado al uso privado o exclusivo de los individuos, así como de los bienes que necesariamente se deberán mantener indivisibles para dar soporte material a un conjunto de prestaciones públicas.

En esta unidad nos corresponde analizar el régimen de los bienes públicos. Para tal efecto, debemos determinar cuál es su naturaleza (II); como se insertan en la clasificación general de los bienes (III); su régimen de protección (IV); la distinción entre bienes públicos naturales y artificiales (V); su administración (VI); su uso y aprovechamiento (VII); para luego realizar un análisis particular de cada uno de ellos (VII). Por último, daremos

cuenta del régimen al cual se encuentran sujetos los bienes patrimoniales de la Administración del Estado (VIII).

II. NATURALEZA DE LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO: UN PROBLEMA DE POTESTADES Y COMPETENCIAS DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

§ 1. Los antecedentes en la legislación civil

Para nuestro Código Civil los bienes nacionales de uso público o bienes públicos son una especie de bien nacional (artículo 589), el cual se caracteriza por el hecho de que su dominio pertenece a la nación toda y, además, *su uso pertenece a todos los habitantes de la nación*. Por tal razón, se entiende que se trata de bienes *extra commercium* o inapropiables, es decir, que no pueden ser objeto de titularidad dominical ni están bajo el régimen de aprovechamiento propio del derecho de propiedad. En definitiva, son bienes que no tienen dueño o, si se quiere, su pertenencia es de toda la nación, mas no del Estado.

Aquello responde a una tradición que se remonta al Derecho romano, que distinguía a partir del jurista Celso entre en *res publicae in publico usu* y *res publicae in pecunia populi*.¹⁹⁴⁸ Las primeras forman el dominio público del *populus Romanus*, siendo bienes indisponibles y destinados al uso de todos,¹⁹⁴⁹ como los lagos de aguas perennes, los estanques de aguas intermitentes y los canales;¹⁹⁵⁰ los ríos y los puertos;¹⁹⁵¹ los grandes edificios públicos, como el foro y las basílicas;¹⁹⁵² las vías y los caminos públicos, los baños públicos y los teatros.¹⁹⁵³ Las segundas integran el dominio privado del pueblo romano, quien tenía sobre ellos la calidad de dueño como cualquier particular, de forma que dichas cosas quedan en principio sujetas a un estatuto dominical de Derecho privado. Pertenecen a esta clase de cosas la tierra pública (*ager publicus*) o el botín de guerra.¹⁹⁵⁴

¹⁹⁴⁸ Pomponio en D.18.1.6 (Pomp. 9 Sap.), citando a Celso en D.18.1.6, afirma que “no hay enajenación [...] de las cosas sagradas y religiosas, de las que no haya comercio como las públicas, que no tienen en el caudal del pueblo, sino para uso público, como es el campo de Marte” [publica quae non in pecunia populi, sed in publico uso habeantur, ut est campus Martius].

¹⁹⁴⁹ Sobre la afectación de los bienes véase CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (1997), pp. 525-542.

¹⁹⁵⁰ ULPIANO, Digesto 43.14.1.4-6 (Ulp. 68 ed.).

¹⁹⁵¹ MARCIANO, Digesto 1.8.4.1. (Marcian. 3 inst.).

¹⁹⁵² PAULO, Digesto 45.1.83.5 y VENULEYO, Digesto 45.1.137.6.

¹⁹⁵³ ULPIANO, Digesto 43.8.2.

¹⁹⁵⁴ Véase GUZMÁN (1997), p. 436; IGLESIAS (1994), p. 211; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (1995-1996), p. 275.

Ahora bien, esta distinción se perdió durante la Edad Media, donde todos los bienes públicos fueron considerados de patrimonio de la Corona, siendo su principal ejemplo las regalías o *iura regalia*.¹⁹⁵⁵ Por tal razón, se adoptaron medidas excepcionales para su protección, como fueron los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad.¹⁹⁵⁶ Sin embargo, con el avenimiento de las revoluciones liberales del siglo XVIII, estos bienes pasaron a ser de titularidad del Soberano o la Nación, no quedando sujetos a los viejos resguardos medievales.¹⁹⁵⁷ A pesar de aquello, al poco tiempo se comenzó a desarrollar una interpretación que retoma las categorías romanas, para sostener que determinados bienes, que estaban destinados al uso público, se encontraban fuera del comercio y no eran de propiedad del Estado, sino que pertenecen al *dominio público*, por lo que son inapropiables, inalienables, imprescriptibles e inembargables. Esta fue la teoría original del dominio público desarrollada en el siglo XIX en Francia por autores como

¹⁹⁵⁵ La relación entre la Corona y las regalías es simplemente la que se da entre un titular de poderes públicos y los poderes públicos en sí mismos. La Corona era una entidad personificada, un sujeto titular del poder público dentro del reino, mientras que las regalías o *iura regalia* eran los poderes o potestades públicas concretas, una de las cuales eran las que se ejercía sobre determinados objetos, denominados "*bienes realengos*", respecto de los cuales las regalías eran, en definitiva, un título causal de intervención, que miradas desde la posición del súbdito constituían una limitación o interdicción para el uso exclusivo de determinados bienes (o para el desarrollo de una determinada actividad en relación con los mismos) sin una concesión o licencia real.

Las regalías no eran un conjunto homogéneo de facultades, de lo cual estaban plenamente conscientes los juristas medievales. En este sentido, la institución de las regalías tuvo un significado amplio, que comprendía a todos los derechos de los monarcas en materias eclesiásticas y estatales. Dentro de estas últimas había dos clases de regalías: las "*mayores*", que comprendía todas aquellas facultades vinculadas a las funciones fundamentales para el buen gobierno y administración (hacer leyes, acuñar monedas, etc.), las que eran indelegables; y las regalías "*menores*", en donde la magnificencia del soberano no aparecía (caminos, minas, bosques, tesoros, bienes abandonados, etc.), por lo que se permitía su concesión a los particulares.

¹⁹⁵⁶ Es así como las Cortes y los Reyes sancionan leyes pactadas que atribuyen a los bienes de la Corona el carácter de inalienables e imprescriptibles, sin distinción. En Inglaterra se establece la inalienabilidad de la Corona en el siglo XIII, con Eduardo el Confesor, y en 1301 se establece el juramento real para la conservación de los derechos del reino. En Francia esta regla comienza a surgir en el siglo XIII, en 1363 aparece en el juramento real, en 1413 se dicta una ley impuesta por los estamentos que prohíbe al rey enajenar nada perteneciente a la Corona, y finalmente se dicta en 1566 el famoso Edicto de Moulins, durante el reinado de Carlos IX, que consagra la inalienabilidad de todos los bienes de la Corona, sin distinción entre ellos.

¹⁹⁵⁷ Como señala Fernando GARRIDO FALLA, "...la legislación surgida de la Revolución francesa mantuvo también la unidad del régimen, aunque sustituyendo ahora el principio de inalienabilidad por el de alienabilidad, por entenderse que contra la Nación —que venía a ser el nuevo titular del dominio— no había que tomar las precauciones contra el Monarca". Véase GARRIDO FALLA (2002), v. II, p. 464.

Jean-Marie PARDESSUS¹⁹⁵⁸ y, especialmente, Victor PROUDHON,¹⁹⁵⁹ aunque fue abandonada posteriormente por la doctrina de Maurice HAURIUO, en el sentido que la relación del Estado con estos bienes sería una suerte de propiedad administrativa especial, sujeta a las reglas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, en razón de su afectación al interés público, lo cual era independiente del uso o destino del bien.¹⁹⁶⁰

En España se siguió un camino similar, ya que en buena parte del siglo XIX se entendió que solo eran bienes públicos o de dominio público aquellos destinados al uso de todos los habitantes de la nación (Manuel COLMEIRO,¹⁹⁶¹ Joaquín ESCRICHE¹⁹⁶² y Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA),¹⁹⁶³ hasta que con la dictación del Código Civil de 1869 y la doctrina posterior, se consolidó la tesis de HAURIUO como una propiedad especial.¹⁹⁶⁴

En el caso de Chile, nuestro Código Civil no siguió al Código Civil francés de 1804 sobre esta materia, y mantuvo la distinción de origen romano entre bienes destinados al uso público y bienes patrimoniales o *in pecunia populi*, con los elementos propios del sistema republicano que se estaba instaurando: su titular es el Soberano o la Nación. Por lo demás, aquello se corresponde con la doctrina predominante en España durante la primera mitad del siglo XIX, que entendía que solo eran bienes públicos o de dominio público aquellos destinados al uso de todos los habitantes.

Respecto de estos bienes el Estado no ejerce un derecho de propiedad, sino que se trata de bienes que están fuera del comercio, pero que en virtud de su soberanía tienen el deber de conservarlos y administrarlos. Por lo demás, el propio Código Civil contiene un conjunto de preceptos que hacen incompatibles el régimen de los bienes públicos con la apropiabilidad de los mismos (artículos 602, 1464 N° 1, 1810 y 2498).

En definitiva, solo son bienes públicos aquellos destinados al uso de todos los habitantes de la nación. Estos bienes están fuera del comercio y se entrega su administración y conservación a la Administración del Estado, a

¹⁹⁵⁸ PARDESSUS (1806).

¹⁹⁵⁹ PROUDHON (1833).

¹⁹⁶⁰ HAURIUO (1911), pp. 685 y ss.

¹⁹⁶¹ Este autor señalaba que "...llámanse bienes del dominio público las cosas que corresponden en plena propiedad a la Nación y en cuanto al uso a todo el mundo, o según dice la ley de Partida, 'pertenezcan a todos los omes comunalmente, en tal manera que también pueden usar dellos los que son de otra tierra estraña, como los que moran o viven en aquella tierra do son'". Véase COLMEIRO (1850), p. 6.

¹⁹⁶² En su conocido diccionario este autor sostenía que los bienes públicos son solo aquellos destinados al uso común o colectivo, o como dice literalmente "...los que en cuanto a la propiedad pertenecen a un pueblo o nación, y en cuanto al uso a todos los individuos del distrito. Tales son los ríos, riberas, puertos y caminos públicos". Véase ESCRICHE (1831), pp. 74-75.

¹⁹⁶³ MARTÍNEZ ALCUBILLA (1858), p. 463.

¹⁹⁶⁴ FERNÁNDEZ DE VELASCO (1921), pp. 230-236.

través de diversas potestades públicas. Por lo tanto, no nos encontramos ante un problema de titularidad "dominical" o "propietaria" sobre estos bienes, sino que es una cuestión de "competencias" o de titularidad de potestades administrativas, como lo veremos más adelante.

§ 2. Las bases constitucionales: el estatuto constitucional de los bienes y el carácter excepcional de los bienes nacionales de uso público

La Constitución consagra un sistema económico centrado en la libertad de mercado y en la libre iniciativa de los individuos y de los grupos en que estos se integran. Esto es sin perjuicio de que al Estado le corresponde dirigir y regular el proceso económico con el objeto de lograr el equilibrio y el progreso social, a través de la distribución y redistribución del ingreso, nivelación de patrimonios, pleno empleo y otras políticas análogas.¹⁹⁶⁵

Ahora bien, esta opción por una economía de mercado ha llevado en el plano constitucional a consagrar el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 de la Constitución) y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (artículo 19 N° 21 de la Constitución), como elementos esenciales para estructurar un sistema económico basado en la iniciativa privada. Así, y de acuerdo a este marco ideológico, el régimen jurídico público de los bienes constituye una excepción a la *libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes*, garantizada en el artículo 19 N° 23.

Si bien esta norma se encuentra dentro de los derechos constitucionales que consagra nuestra Carta Fundamental, también tiene una dimensión institucional, pues consagra el "*régimen constitucional de los bienes*", separando aquellos que están sometidos a un régimen de aprovechamiento basado en el derecho de propiedad, frente a los que no podrán ser objeto del dominio, es decir, son inapropiables y se encuentran sujetos a un régimen jurídico público de aprovechamiento, que permite su uso común o general, sin perjuicio de los usos privativos que se puedan otorgar a través de títulos jurídico-administrativos, como son la concesión o el permiso.

Lo señalado quedó claramente expuesto en la discusión del precepto al interior de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. En efecto, desde la primera sesión en que se trató esta materia se dejó claramente establecido que dicha garantía tenía por objeto "...*prever la eventualidad de que, por efecto de una norma sobre capacidad y comercialidad de los bienes*

¹⁹⁶⁵ Cfr. CEA EGAÑA (1988), p. 165. Así, por lo demás, lo disponen los incisos 4° y 5° del artículo 1° de la Constitución, al establecer que la finalidad del Estado es promover el bien común y la integración armónica de todos los sectores de la Nación, asegurando el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

se produjeran alteraciones sustanciales al régimen de la propiedad privada".¹⁹⁶⁶ De este modo, dicho precepto fue considerado "*una norma de carácter institucional u orgánico*", pues establece "*una base de organización social más que un derecho, está sentando las bases de un régimen de los bienes más que consagrando derechos particulares a favor de todos los habitantes*".¹⁹⁶⁷ Por tal razón, varios comisionados estimaron que esta norma debería haber formado parte de un capítulo o párrafo relativo al orden público económico, vale decir, el relativo al régimen de los bienes.¹⁹⁶⁸ Sin embargo, se mantuvo dentro del capítulo dedicado a los derechos y deberes constitucionales.¹⁹⁶⁹

Conforme a lo señalado es posible sostener que:

- a) Para nuestro ordenamiento la regla general será que los bienes sean apropiables, es decir, que se pueden adquirir y ser explotados conforme al régimen del derecho de propiedad, que entrega un amplio abanico de posibilidades a su titular, lo cual comprende al propio Estado en el caso de las tierras que no tienen dueño, y

¹⁹⁶⁶ Sesión 148ª, pp. 59-60. Intervención del comisionado Pedro Jesús RODRÍGUEZ GONZÁLEZ. Otro de los objetivos originales y que no prosperó, fue la de darle a esta garantía el sentido de una cláusula de accesibilidad a la propiedad o como "*política social que facilite el acceso al dominio*". Véase Sesión 157ª, p. 13. Intervención del comisionado y presidente Enrique ORTÚZAR ESCOBAR.

¹⁹⁶⁷ Sesión 197ª, p. 22. Intervención del comisionado Alejandro Silva Bascuñán.

¹⁹⁶⁸ *Idem*. En el mismo sentido se pronunciaba el comisionado Jaime GUZMÁN quien destacaba la trascendencia que tiene este principio "*desde el punto de vista de identificar el tipo de organización socio-económica y, detrás de ella, de algún modo, de organización política que la institucionalidad está dándose [...] la forma de propiedad que rige en un país es tan fundamental para identificar el tipo de organización política, económica y social que reina en esa comunidad, que la afirmación de un principio claro, en los términos que comúnmente entiende la colectividad y maneja el mundo en general para debatir este problema, tiene una finalidad didáctica sumamente importante*" (Sesión 197ª, p. 20). Para GUZMÁN esta disposición no está dirigida tanto a proteger un derecho en potencia, cuanto a asegurar un sistema económico y social en el país, inclinándose por una disposición semejante en los siguientes términos: "*Todos los bienes son susceptibles de apropiación privada, salvo aquellos que determine la ley o que la naturaleza haya hecho comunes a todos los hombres*". En su opinión, lo que importa es que quede explícitamente consagrada esta noción de que la regla general debe ser la propiedad privada y, por excepción, la reserva de una determinada categoría de bienes al Estado (*idem*, p. 22).

¹⁹⁶⁹ Buena parte de los comisionados, especialmente su Presidente, estimaban que esta norma estaba estrechamente unida a la garantía del derecho de propiedad, de manera que no se veía inconveniente para que esta disposición también tuviera el carácter de garantía constitucional. Incluso, se consideró que esto le daba más fuerza (*vid.* Sesión 197ª, de 1 de abril de 1976, p. 28). Además, la premura en la sanción de esta norma, sobre todo porque se esperaba una promulgación parcial de las garantías —que se concretó en el Acta Constitucional N° 3 de 1976—, así como su dificultad, también fue un elemento determinante (*idem.*, p. 24). Esta opinión también fue compartida en la Subcomisión de Derecho de Propiedad (*vid.* Sesión 202ª, de 14 de abril de 1976, pp. 16-17).

- b) Excepcionalmente un bien estará fuera del régimen de propiedad, en la medida que el legislador así lo declare como un bien que pertenece a la nación toda. Luego veremos que esta declaración la puede hacer a través de la descripción de sus características físicas, como sucede con la playa de mar, el mar territorial, las aguas interiores y sus cauces, etc., o habilitando a la autoridad administrativa para que produzca el bien y luego lo afecte, como sucede con las calles, plazas, caminos y carreteras.

§ 3. La irrupción de la teoría del dominio público

La teoría del dominio público formulada por Maurice HAURIOU ha marcado al Derecho administrativo francés hasta nuestros días, y ha ejercido una importante influencia en Iberoamérica, particularmente en España, Argentina, Colombia y Perú, entre otros. Por eso no es de extrañar que también haya sido seguido por la doctrina chilena.

Para HAURIOU el dominio público era un derecho de propiedad sobre determinados bienes, que se denominan “demaniales”, y que, con algunas peculiaridades, tiene una naturaleza inequívoca. Según este autor, la relación entre el Estado y el conjunto de bienes que integran el dominio público o “demanio” no es posible explicarla como manifestación de un derecho de soberanía (*ius eminens*), tal como lo habían hecho la doctrina francesa desde DOMAT hasta PROUDHON, pues la soberanía es un concepto que se utiliza para explicar la posición y las relaciones de un Estado respecto de otros Estados, pero no explica, en su justa dimensión, la relación jurídica que vincula al Estado con los bienes que integran el dominio público. A su vez, los bienes que integran el dominio público están relacionados con el Estado a través de “*propiedades administrativas afectadas directamente a la utilización pública y que como consecuencia de esta afectación son inalienables, inembargables e imprescriptibles y protegidos por las reglas penales, de tal manera que la dominiabilidad pública es esencialmente una forma de propiedad administrativa inalienable*”.¹⁹⁷⁰ Así, la naturaleza de los bienes demaniales no está determinada por sus características físicas, sino por el régimen jurídico aplicable a los mismos que es peculiar y exorbitante al régimen de la propiedad privada, el que es, a su vez, consecuencia de un acto jurídico de afectación a un destino público. Los bienes que integran el dominio público están relacionados con el Estado a través de “*propiedades administrativas afectadas directamente a la utilización pública y que como consecuencia de esta afectación son inalienables, inembargables e imprescriptibles y protegidos por las*

¹⁹⁷⁰ *Idem.*

reglas penales, de tal manera que la dominiabilidad pública es esencialmente una forma de propiedad administrativa inalienable".¹⁹⁷¹

La interpretación de las normas del Código civil —teniendo a la vista la institución del dominio público francés— fue realizada por primera vez por Luis CLARO SOLAR, y se debe, por tanto, a este destacado civilista chileno la extendida utilización de esta denominación por parte de la mayoría de la doctrina chilena. CLARO SOLAR siguió muy de cerca en sus *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado* a la doctrina francesa de comienzos del siglo XX. Por tal razón, no es de extrañar que al comentar los artículos 589 y siguientes del Código Civil cite *in extenso* el pensamiento de Maurice HAURIOU y Henry BERTHÉLEMY, al que agrega el pensamiento de los civilistas COLIN y CAPITANT. Menciona, además, de forma bastante lineal el pensamiento de PROUDHON, pero sin hacer alusión al sentido de su construcción doctrinal y a la época en la cual esta fue formulada.¹⁹⁷²

Cuando CLARO SOLAR expone el régimen de dominio público vigente en Francia y comienza a analizar las disposiciones del Código Civil, inmediatamente da cuenta de las diferencias que existen en esta materia entre el Derecho chileno y el francés: "[...] *mucho más preciso en esta materia que el Código francés y otros Códigos modernos, nuestro Código sólo considera bienes públicos, o del dominio público del Estado, los bienes nacionales cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, empleando como perfectamente sinónimas las expresiones bienes nacionales de uso público y bienes públicos. El criterio de la distinción existe únicamente para el legislador chileno en la generalidad del uso de los bienes nacionales por todos los habitantes: "los bienes nacionales cuyo uso no pertenece a todos los habitantes", son bienes fiscales, o del patrimonio del Estado*".¹⁹⁷³

CLARO SOLAR conocía perfectamente la doctrina del dominio público, pero era consciente que las normas del Código Civil chileno no permitían hacer una interpretación en los mismos términos del Derecho francés: "[...] *las disposiciones de nuestro Código no admiten esta diversidad de opiniones: los bienes que forman parte del dominio público del Estado son únicamente aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la Nación [...] Todos los demás bienes nacionales constituyen el dominio privado del Estado*".¹⁹⁷⁴ De esta forma, nuestro autor identifica el dominio público con los bienes públicos o bienes nacionales de uso público. Este ha sido el sentido que le ha dado la mayor parte de la doctrina chilena hasta nuestros días, es decir, la doctrina del dominio público se corresponde con aquel conjunto de bienes cuyo

¹⁹⁷¹ *Idem.*

¹⁹⁷² Véase Claro Solar (1989-1945), pp. 170-247, N^{os} 148-222.

¹⁹⁷³ *Idem.*, pp. 171-172.

¹⁹⁷⁴ *Idem.*, pp. 174-175.

uso pertenece a todos los habitantes de la nación, siendo inenajenables, imprescriptibles, inalienables e inembargables.

Por su parte, los bienes del Estado o fiscales quedan sujetos, en principio, al Derecho privado patrimonial. Sin embargo, esto no significa, como algunos autores han dado a entender,¹⁹⁷⁵ que estos bienes quedan única y exclusivamente sujetos al Derecho privado, pues la mayor parte de las normas que rigen su adquisición, administración y disposición son de Derecho público, como consecuencia necesaria del principio de legalidad en la actuación de los órganos públicos, así como de la naturaleza orgánica de los servicios públicos y las funciones que estos deben desempeñar. De esta forma, el Derecho privado tiene un carácter más bien residual respecto de los bienes fiscales.

Marcadas las distancias con el Derecho francés, el dominio público asume en el Derecho chileno un significado propio, bastante cercano a las concepciones proudhonianas francesas y decimonónicas españolas. Sin embargo, en el último tiempo han pesado sobre la doctrina chilena dos factores que han llevado a una revisión del concepto de dominio público que se ha seguido tradicionalmente desde que lo formulara Luis CLARO SOLAR:

- a) La existencia de algunos bienes patrimoniales cuyo régimen jurídico se caracteriza por una intensa intervención administrativa, así como por la afectación a determinadas finalidades públicas, como ocurre con los bienes afectos a un servicio público y con las minas;
- b) La influencia que ha ejercido la doctrina española del dominio público, especialmente las teorías que lo consideran como un título causal de intervención y una prestación asistencial objetiva, independiente a la naturaleza de los bienes y a su uso común o privativo.

En este sentido, Alejandro VERGARA BLANCO da por supuesta la existencia de un concepto amplio de dominio público en Chile, siguiendo sin reserva la doctrina funcionalista de VILLAR PALASÍ, que lo llevan a sostener, de forma bastante discutible, que no existiría "...inconveniente alguno, ni dogmático ni legal, para afirmar aquí, que tanto para España como para Chile [...] las minas constituyen parte del dominio público".¹⁹⁷⁶ Sin embargo, este autor

¹⁹⁷⁵ Cfr. AYLWIN (1960-1961), pp. 107-108; REYES (1960), p. 15; MONTT OYARZÚN (2001), pp. 256-257.

¹⁹⁷⁶ Véase VERGARA BLANCO (1992), p. 203. Según este autor, de esta forma se conjugarían armoniosamente "a) la potestad del Estado sobre el bien del dominio público, a fin de buscar el cumplimiento de los objetivos para los cuales fue afectado a la categoría, potestad que es permanente y jamás termina, ni aun con el otorgamiento de derechos reales a favor del administrado [...] b) el derecho del particular al aprovechamiento, que es, en el fondo, parte de su libertad la que está en juego, porque el Estado no podrá siempre arrogarse el uso exclusivo de los bienes [...]". (Idem, p. 203). La naturaleza jurídica de la relación entre el Estado y las minas no estaría relacionada con la titularidad, sino que con la afectación. Sostiene VERGARA BLANCO que "es la afectación, a nuestro modo de entender, una figura instrumental que opera

no aporta ningún dato positivo a partir del cual se formula este particular concepto de dominio público que comprende a las minas. De hecho, en un trabajo posterior en donde comenta el artículo 19 N° 23 de la Constitución no hace mención alguna al concepto de dominio público y comprende a las minas dentro los bienes nacionales de uso público.¹⁹⁷⁷ En definitiva, el concepto de dominio público en la formulación de VERGARA BLANCO se transforma en un supuesto que no encuentra bases en el Derecho positivo y que solo genera dudas y confusión.

La influencia de la tesis de la doctrina española del dominio público en Chile ha dado como principal fruto el trabajo de Santiago MONTT OYARZÚN. En esta obra destacan dos partes en donde se sostiene la tesis de este autor: a) La primera corresponde al desarrollo del concepto de dominio público como una categoría o institución histórica y común a varios sistemas jurídicos, en una suerte de teoría general del Derecho, y b) En la segunda parte se desarrollan las bases jurídico-positivas del dominio público en el Derecho chileno.

El principal cuestionamiento que se puede hacer a este trabajo es el de dar por supuesto un concepto general de dominio público, aplicable indistintamente a los distintos ordenamientos jurídicos, cuyo desarrollo histórico sería una suerte de historia común del Derecho francés y español, a la que incorpora el Derecho chileno. Sin embargo, el desarrollo del concepto de dominio público en dichos ordenamientos jurídicos ha estado condicionado por diversos factores históricos, propios de cada uno de dichos países, no intercambiables y, menos aún, asimilables. No obstante la influencia de la doctrina francesa sobre la española, esta ha construido el concepto de dominio público agregando elementos que han marcado una distancia respecto de las concepciones francesas originales. Hoy en día no es posible sostener una asimilación o identidad del régimen de dominio público existente en ambos países y menos aún en sus construcciones dogmáticas. Este problema de orden metodológico se nota especialmente al momento de formular el concepto de dominio público, para lo cual utiliza una definición elaborada a la luz del Derecho y de la doctrina española,¹⁹⁷⁸ cuyos términos no se corresponden con la terminología utilizada por la Constitución y el Código Civil chileno.

por los medios normales del derecho —normativos— y en virtud de la cual se hace integrar un bien dentro de la categoría del dominio público [...] las minas no siguen afectadas al dominio público por casualidad, ni por capricho; hay unas razones precisas para ello, lo que se relaciona, a su vez, con las finalidades que ha de cumplir el dominio público, muy cercanas a las finalidades propias de la actividad administrativa: la afectación de las minas al dominio público, (o dominio del Estado, simplemente) ha tenido como justificación, en forma amplia, el “interés público”. Y esto lo afirmamos apoyados, además, en el propio texto constitucional, que exige al concesionario satisfacer el “interés público” (art. 19 N° 24 inc. 7°)...” (Idem, p. 248).

¹⁹⁷⁷ Véase VERGARA BLANCO (2001), pp. 373 y ss. Incluso, este autor había sostenido anteriormente que las minas eran en el sistema del Código Civil bienes patrimoniales del Estado o bienes fiscales. También VERGARA BLANCO (1992), pp. 210-213.

¹⁹⁷⁸ Cfr. MONTT OYARZÚN (2001), p. 135. En este sentido, define el dominio público tomando la definición dada por SÁNCHEZ MORÓN (1997), p. 37: “El dominio público es una técnica de intervención mediante la que se afecta a una finalidad pública determinada

El problema de sostener una teoría del dominio público similar a la desarrollada en el sistema francés y, especialmente, en el español, se encuentra en las normas legales y constitucionales, que no resisten una interpretación en tal sentido. Nuestro sistema jurídico admite que solo determinados bienes pueden estar fuera del régimen de apropiación: *a)* aquellos bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, y *b)* aquellos que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. De acuerdo al Código Civil chileno, las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna Nación, corporación o individuo tiene derecho a apropiárselas, de manera que su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de esta, y entre distintas naciones por el Derecho internacional (artículo 585 del Código Civil). Por su parte, llama *bienes nacionales* aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman *bienes nacionales de uso público* o *bienes públicos*. En contrario, los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman *bienes del Estado* o *bienes fiscales* (artículo 589).

Estos bienes, en cuanto son objeto de titularidad patrimonial del Estado, no se comprenden dentro de la disposición constitucional del artículo 19 N° 23 de la Constitución, pues esta expresamente señala que la excepción a la libertad para adquirir toda clase de bienes, esto es, para someterlos al régimen de la propiedad comprende a determinada clase de bienes que deben pertenecer a la Nación. Los bienes del Estado o bienes fiscales pertenecen al Estado bajo el régimen de propiedad, de manera que no pueden ser considerados una excepción al régimen de libre apropiabilidad, porque se encuentran apropiados. De esta forma, solo los bienes nacionales de uso público o bienes públicos se pueden comprender dentro de las excepciones contempladas en el artículo 19 N° 23, y el régimen de estos bienes es el único que se puede comparar con el régimen de dominio público vigente en Francia y España.¹⁹⁷⁹

por la ley —ya sea el uso o el servicio público, el fomento de la riqueza nacional o la protección y garantía de explotación racional de los recursos naturales— ciertos bienes de titularidad pública igualmente previstos por la Constitución o las leyes, dotándoles de un régimen jurídico de protección y utilización de Derecho administrativo”.

¹⁹⁷⁹ La doctrina francesa también insistirá en este punto, así, por ejemplo, BERTHÉLEMY (1901), p. 479 afirmaba que “*las únicas cosas que por naturaleza o por consecuencia de su destinación que importa una desnaturalización efectiva, escapan a las reglas del derecho civil, son las porciones del territorio afectadas a un uso público y no susceptibles de propiedad*”. Utilizando un criterio más extensivo COLIN y CAPITANT (1924), p. 709, sostienen que: “*Si el*

III. LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES Y LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO

En relación a su régimen jurídico, los bienes se pueden clasificar entre *aquellos que están sometidos al derecho de propiedad (apropiables)*, que es la regla general en nuestro ordenamiento (artículo 19 N° 23), respecto de *aquellos que no pueden ser objeto del dominio (inapropiables)*.

A su vez, los bienes inapropiables o no sujetos al régimen de la propiedad se dividen en dos categorías: a) las cosas que son comunes a todos los hombres, y b) los bienes que deben pertenecer a la nación toda y una ley lo declare así (bienes nacionales de uso público).

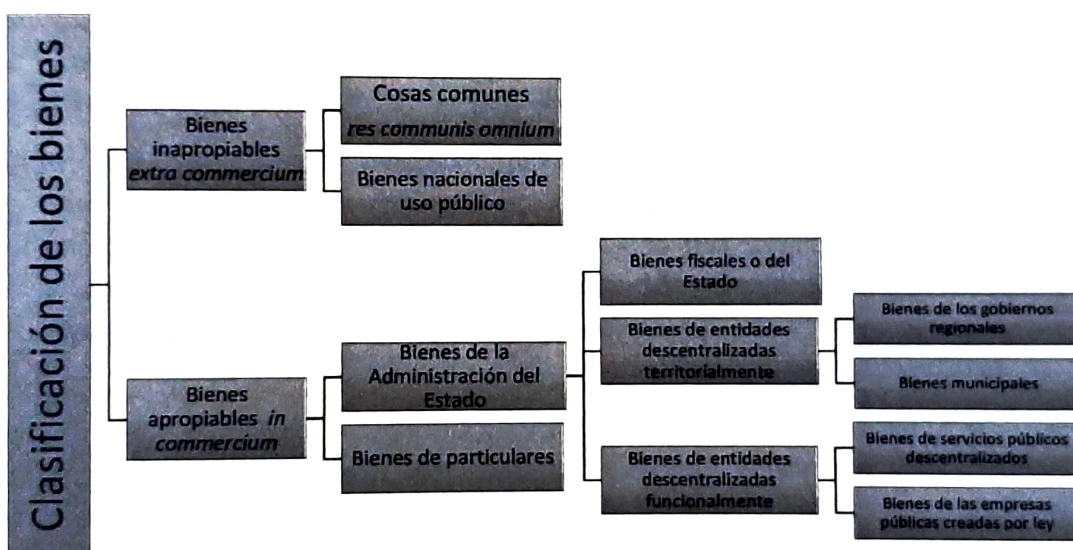
Las cosas comunes a todos los hombres es una categoría reconocida a nivel constitucional, pero es ambigua e imprecisa. Es claro que en su redacción influyó el artículo 585 Código Civil, redactado por Andrés BELLO, el que seguía en esta materia la tradición del Derecho común y, especialmente, a las Partidas. Esta categoría fue formulada por el jurisprudente MARCIANO en el siglo III, distinguiendo entre *res communes omnium*, *res universitatis*, *res nullius* y *res singulorum*, y desde que fueron recogidas por JUSTINIANO en sus Instituciones, se hizo de ella un uso cada vez más extendido. Según MARCIANO las *res communes omnium* comprenden aquellas cosas que por la naturaleza o por Derecho natural (*natura* o *naturali iure*) no pueden ser objeto de propiedad por los particulares, pero son comunes a todos en el disfrute y aprovechamiento, como el aire, el agua corriente, el mar y el litoral. Así, serían cosas comunes a todos: el aire, el agua corriente (*aqua profluens*) y el mar con sus costas, porque son bienes que a todos pertenecen y que nadie puede apropiárselos en particular, como de hecho ocurre con el aire.

A pesar de su general aceptación, las *res communes omnium* es una categoría imprecisa, pues en la medida que se tienen los medios técnicos para la dominación de estos bienes y/o se produce un proceso de deterioro o escasez de los mismos que llevan a un crecimiento de su valor económico, estos bienes comienzan a ser objeto de

dominio público no comprendiese más que las cosas que por su naturaleza no son susceptibles de propiedad privada, sería singularmente restringido. No comprendería los puertos, los caminos, los ríos, pues un puerto, un camino, un río pueden pertenecer a particulares o a sociedades de particulares. No habría quizás más que el aire de la atmósfera terrestre, el calor y la luz de los rayos solares, el agua sacada de los ríos o las riberas del mar que por su naturaleza escapan necesariamente a una apropiación". Por tal razón sostienen que el carácter de bienes públicos lo adquieren las cosas por su *afectación*, pero no a un servicio público sino al *uso directo del público*; y comprenden así en el dominio público no solo a los caminos, los ríos, la playa, los puertos, etc., sino que también los monumentos públicos propiamente tales como los arcos de triunfo, columnas conmemorativas, estas, que son *dependencia* de la vía pública, las construcciones nacionales en que el público es admitido libremente, como las bolsas, museos, mataderos, mercados, asilos nocturnos y calefactorios públicos y los edificios destinados al culto; pero no hacen extensivo este carácter a los demás edificios destinados a un determinado servicio público, como los liceos, las universidades, los ministerios, etc., ni a objetos muebles.

comercio y adquieren una identidad plena con las demás cosas que son objeto de tráfico jurídico. Además, la romanística ha reconocido que las *res communes omnium* es un concepto de escaso valor jurídico y de marcado valor filosófico, ya que sería una noción personal del citado jurista, influida por ideas estoicas según las cuales el mar y el litoral marino son bienes que a todos pertenecen y que nadie puede apropiárselos en particular, como de hecho ocurre con el aire.

Por su otra parte, nos encontramos con los *bienes apropiables o patrimoniales*, que pueden estar inapropiados o no reconocen dueño, o están apropiados y tienen un titular. Los bienes apropiables se encuentran sometidos a las normas y al régimen de la propiedad, particularmente de la legislación civil. A su vez, dependiendo de su titular, estos bienes pueden clasificarse en bienes que pertenecen a entidades que forman parte de la *Administración del Estado*, como los bienes del Estado o fiscales, los bienes de los gobiernos regionales, los bienes municipales, bienes de servicios públicos y de las empresas públicas creadas por ley; y los *bienes de sujetos privados o particulares*.



IV. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS

Los bienes públicos están sujetos a un particular régimen de protección establecido con carácter general por el ordenamiento jurídico a través de las *reglas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad*, y luego a través de potestades concretas que se entregan a la Administración bajo la denominación de “*policía demanial*”, destinada a su conservación y resguardo:

- La *inalienabilidad o indisponibilidad* de los bienes públicos significa que aquellos no pueden ser objeto de transferencia o transmisión a un

tercero. A la Administración le corresponde administrarlos, pero no tiene el poder de disposición sobre los mismos y, por lo tanto, no los puede enajenar, ni transmitir. Así se desprende del artículo 1464 N° 1 del Código Civil, el cual dispone que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio. A su vez, el artículo 1801 establece que “*pueden venderse todas las cosas corporales o incorporeales, cuya enajenación no esté prohibida por ley*”. Por su parte, si el bien ha sido objeto de una obligación y es declarado bien nacional de uso público, aquella se extingue (artículo 1670).

- b) La *imprescriptibilidad* de estos bienes significa que no pueden ser adquiridos por usucapión. Así, el artículo 2498 del Código Civil dispone que “*se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales*”. De esta forma, la titularidad y las potestades que tenga la Administración sobre un bien nacional de uso público no se extingue por el uso inmemorial que un tercero realice de los mismos, ni aun en el caso que se inscriba en el registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces, pues se trataría de una simple “inscripción de papel”.
- c) La *inembargabilidad* deriva del carácter inenajenable y la inapropiabilidad que tienen estos bienes. El embargo es un procedimiento de apremio que tiene por objeto obtener y liquidar los bienes del deudor para responder con las obligaciones que tiene con sus acreedores. Aquello supone, por tanto, que estos bienes deben ser transferidos, lo que es totalmente incompatible con la inapropiabilidad del bien.

Por último, nuestro ordenamiento reconoce también el ejercicio de una denominada potestad de policía demanial, que no se reconoce en términos genéricos, sino que se expresa en un conjunto de potestades singulares de reacción y defensa de los bienes públicos, como es la facultad de delimitar el bien, retirar cercas o portones que afecten su uso y libre acceso, cerrar accesos no autorizados, desalojar ocupaciones ilegales, autorizar obras en lugar y ejercer la potestad sancionadora. Además, se considera la posibilidad de entregar su uso privativo a través de concesiones y permisos, como veremos más adelante.

V. BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO: NATURALES Y ARTIFICIALES

Como hemos visto, los bienes nacionales de uso público se encuentran fuera del comercio humano, son inapropiables, pero el ordenamiento jurídico le

entrega un conjunto de potestades y atribuciones a los órganos de la Administración del Estado para regular su uso, administración y conservación, incluida la posibilidad de entregar a terceros su uso privativo bajo forma jurídico-pública, como son las concesiones y permisos.

Ahora bien, aquellos se pueden clasificar en dos categorías: naturales y artificiales, como veremos a continuación.

§ 1. El bien nacional de uso público natural

Estos bienes se caracterizan por la forma en que la ley los *publica* o los saca del comercio, haciendo referencia a sus características naturales. En este caso, el bien publicado ha existido con independencia de la intervención del hombre, de forma que el legislador se limita a describirlo para aplicarle un régimen jurídico exorbitante en su uso y disfrute, extrayéndolo del régimen de apropiación privada. Además, estos bienes solo pueden tener este carácter en virtud de su *publicación* mediante una ley.

Son bienes nacionales de uso público natural los siguientes:

- i. El mar adyacente (artículo 593 del Código Civil);
- ii. Las playas de mar, ríos y lagos (artículo 594 del Código Civil);
- iii. Las aguas que corren por cauces naturales (inciso 1º de artículo 595 del Código Civil y artículo 6º del Código de Aguas);
- iv. Los álveos o lechos de ríos o lagos (artículo 30 del Código de Aguas), y
- v. Los grandes lagos y ríos (inciso 1º del artículo 596 del Código Civil).

La peculiaridad que tienen estos bienes no es solo su *publicación* como categoría de bienes aludiendo a sus características físicas, sino también su *desafectación*, la que puede tener lugar de *forma general*, mediante la derogación o modificación de la norma que los ha publicado, en este caso la Ley, o de *forma particular*, a través del cambio de sus características físicas, ya sea de forma natural o con la intervención humana, como son las extensiones de terrenos ganadas al mar o la modificación del cauce de un río o estero.

§ 2. El bien nacional de uso público artificial

Estos bienes son producto de la obra o artificio del ser humano y se construyen con el objeto de hacer un uso común de los mismos por parte de todos los habitantes de la comunidad. A diferencia de lo que ocurre con el

bien nacional de uso público natural, estos bienes públicos deben ser planificados, construidos y afectados de forma individual o concreta, esto es, respecto de cada uno de estos bienes. Son bienes nacionales de uso público artificial los siguientes:

- i. Las calles y plazas (inciso 2º del artículo 582 Código Civil), y
- ii. Los caminos públicos y puentes (inciso 2º del artículo 582 Código Civil y artículo 25 DFL N° 850).

VI. LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO: POTESTADES DE REGULACIÓN, CONSERVACIÓN Y OTORGAMIENTO DE USOS PRIVATIVOS

§ 1. El concepto de “administración” de los bienes públicos: la necesidad de habilitación legal previa

Como hemos señalado, la relación que tiene el Estado con los bienes públicos no se puede reconducir a un derecho de propiedad, a diferencia de lo que sucede con los bienes fiscales. En este caso estamos ante bienes que están fuera del régimen de propiedad, aunque el ordenamiento considera un conjunto de potestades que se atribuyen a los órganos de la Administración para su uso y conservación.

En primer término, debemos precisar que cuando se utiliza el concepto de administración en Derecho público, se debe entender que se trata de competencias expresas que el ordenamiento entrega a un determinado órgano en relación con ciertas materias. Esto constituye una cuestión capital, pues no es posible construir del concepto de administración sobre la base de los derechos subjetivos propios del ámbito privado para gestionar un bien, con el concepto de potestad pública, que supone un poder expresamente otorgado por la ley, y que se materializa a través de actos formales que se presumen legales, gozan de imperio y permiten su ejecución de oficio (artículo 3º de la LBPA).

A su vez, cuando se habla de la administración o competencia que se asigna a un órgano o servicio respecto de determinados bienes públicos, estamos ante una cláusula general de competencia o intervención que se debe precisar a través de potestades o atribuciones concretas, que el propio ordenamiento determina en cada caso en particular, conforme a las exigencias que establece nuestra Carta fundamental en su artículo 7º inciso 2º: *“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra*

autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

De esta forma, las potestades de administración son variables en su contenido, pues dependerá de la forma en que el legislador las haya configurado en el caso en concreto. Por otra parte, en algunos casos no se indica de forma expresa que a determinada entidad pública le corresponde la competencia genérica o de administración de un determinado bien público, pero del conjunto expreso de potestades que el ordenamiento le atribuye, se llega a dicha conclusión, esto es, que dentro de su ámbito de competencia le corresponde la administración de un bien público conforme a las potestades que le atribuye la ley.

§ 2. Las potestades de administración

Ahora bien, siendo variable el conjunto de competencias para la administración de un bien público, habitualmente es posible encontrar las siguientes:

- a) *La regulación del uso y aprovechamiento*, a través de normas administrativas que pueden ser reglamentos o circulares. Así, se establecen las condiciones de uso, las obligaciones de los usuarios y las prohibiciones a las cuales se encuentran sujetos en su uso general, especial o privativo.
- b) *La potestad de conservación*, que implica la adopción de oficio por parte de los órganos administrativos de medidas que permitan el resguardo y el uso público del bien, como es su delimitación, el retiro de cercas o portones, el cierre de accesos no autorizados o el desalojo de las ocupaciones ilegales.
- c) *La potestad sancionadora*, como consecuencia del uso ilegal o indebido de los bienes públicos, afectando el uso común o realizando usos privativos sin autorización (extracción de aguas, construcciones ilegales, etc.).
- d) *La potestad para entregar el uso privativo del bien*, aquello se realiza bajo la forma de permisos precarios o de concesiones administrativas, según la regulación especial que tenga cada uno de estos bienes. En algunos casos este uso podrá ser gratuito u oneroso, esto es, que implica el pago de derechos para ser titular de los mismos.

Ahora bien, para estos efectos nuestro ordenamiento atribuye de forma genérica la competencia para administrar estos bienes, para luego precisar las potestades específicas que podrá ejercer la entidad que debe administrarlo.

En cuanto a la competencia genérica, es posible hacer el siguiente cuadro comparativo:

Bien nacional de uso público	Órgano competente	Norma
• El mar adyacente • Playa de mar • Ríos y lagos navegables por buques de más de 100 toneladas • Playas de río o lagos navegables por buques de más de 100 toneladas	Ministerio de Defensa Subsecretaría para las Fuerzas Armadas	DFL N° 340, de 1960, del Ministerio de Hacienda, sobre Concesiones Marítimas, de 1960
• Las aguas que corren por cauces naturales	Dirección General de Aguas MOP	Código de Aguas, DFL N° 1.122, de 1982, del Ministerio de Justicia DFL N° 850, de 1997
• Las calles, plazas y parques	Municipalidades	Artículo 5 letra c) de la Ley N° 18.695
• Caminos, carreteras y puentes	Ministerio de Obras Públicas Dirección de Vialidad	DFL N° 850, de 1997
• Bienes nacionales de uso público que en atención de su naturaleza o fines y en conformidad a la ley, la administración de estos bienes no corresponda a otros órganos de la Administración del Estado.	Municipalidades	Artículo 5 letra c) de la Ley N° 18.695

VII. EL USO Y APROVECHAMIENTO DE LOS BIENES PÚBLICOS: USO COMÚN GENERAL, USOS ESPECIALES Y USOS PRIVATIVOS

§ 1. El uso común general y los usos especiales

Los bienes públicos pueden ser objeto de distintos usos, que se pueden clasificar en el uso común general, los usos especiales y los usos privativos.

El *uso común general* es el que puede realizar todo ciudadano, siempre que no se impida el uso de los demás y se enmarque dentro del aprovechamiento normal, conforme al destino o afectación del bien.¹⁹⁸⁰ Así, nuestro Código Civil dispone que: “*El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus playas, en ríos y lagos y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen*” (artículo 598).

De esta forma, es posible caminar por la calle, un camino o el litoral, descansar en el banco de una plaza o bañarse a las orillas del mar o de un río. Como dicen algunos autores, corresponde a los casos en que el usuario

¹⁹⁸⁰ MONTT (2002), p. 289.

es anónimo, indeterminado o no individualizado,¹⁹⁸¹ pues no se requiere ningún título específico para su ejercicio.

Existen dos aspectos relevantes que se deben determinar respecto de este uso:

- a) En primer término, se ha discutido sobre su *naturaleza*, pues para algunos constituye un derecho subjetivo que tiene toda persona sobre el bien público, a pesar que carece de las características propias de esta figura, como es el carácter exclusivo y excluyente que se debe tener sobre un bien; para otros sería un interés amparado jurídicamente, o manifestación de la libertad de tránsito o locomoción que se reconoce constitucionalmente a toda persona (artículo 19 N° 7 de la Constitución).

En nuestra opinión, se trataría del ejercicio de la libertad que tiene toda persona para poder usar estos bienes, aunque debe ser compatible con la libertad de todos los demás miembros de la comunidad, conforme a la ordenación que establezca la autoridad. Lo anterior no obsta a que los particulares tengan un interés directo y legítimo para reclamar judicialmente por los actos ilegales que afecten este uso común.

- b) En cuanto a los *principios que gobiernan este uso común*, es importante tener presente que, a pesar que el uso de los bienes públicos sea libre, aquello no significa que no se encuentre condicionado en su ejercicio. Así, la doctrina sostiene algunos principios:
 - a. La *compatibilidad* que debe existir entre el uso que le da una persona en relación con el uso de los demás, de manera de no impedirlo o perturbarlo;
 - b. La *prioridad temporal*, puesto que la prelación en el uso está determinada por quien sea el primer usuario;
 - c. La *indemnidad*, en cuanto que el uso no debe ser consuntivo o implicar el menoscabo, detrimento o destrucción del bien público;
 - d. La *ordenación*, que corresponde realizar a la Administración para garantizar los principios ya mencionados;
 - e. La *libertad* en el uso por parte de toda persona;
 - f. En la *igualdad* que se debe garantizar a todos los usuarios, y
 - g. En la *gratuidad*, salvo que la ley establezca el cobro de tasas o derechos por el uso.

El *uso común especial* también es un uso común, pero exige para su ejercicio de un permiso de policía o autorización para poder ejercerlo, considerando ciertos requisitos y condiciones de seguridad que se deben garantizar a la

¹⁹⁸¹ MARIENHOFF (2011), p. 284.

población, como es la obtención de una licencia de conducir para conducir un vehículo en una calle, avenida o carretera, o una autorización para poder navegar en la bahía.

§ 2. Los usos privativos: la concesión y el permiso

Los *usos privativos* se caracterizan por una utilización de los bienes públicos por parte de una o más personas determinadas, excluyendo el uso de los demás.¹⁹⁸² En estos casos, se requiere de un título administrativo que adoptará la denominación de autorización, permiso o concesión.

A su vez, la doctrina distingue si este uso privativo constituye un estacionamiento (uso normal) o una ocupación (uso anormal). En el primer caso, no se produce una alteración del bien público (*v. gr.* construcciones precarias para realizar actividad deportiva en la ribera), mientras que en el segundo se provoca una transformación o modificación del mismo (*v. gr.* construcción de muros de defensa, abovedar un río o desviar su curso).

La importancia de la distinción radica en los requisitos a las cuales se someterá el otorgamiento del uso privativo, normalmente más exigente tratándose de una ocupación que respecto de un estacionamiento.

Sobre esta materia, también se ha planteado alguna discusión respecto de la naturaleza de la concesión y su distinción con los permisos.

- a) En cuanto a su naturaleza, la doctrina ha ido consolidando la idea que el acto concesional daría lugar a derechos de naturaleza administrativa que se incorporan en el patrimonio de su titular. Se trata de una discusión de larga data respecto de la posibilidad que de un acto administrativo puedan nacer derechos, titularidades o situaciones jurídicas a favor de su destinatario y que, por tanto, deban ser objeto de resguardo como parte de su estatus personal o patrimonial. En esta línea, es conocida la disputa que ha existido desde comienzos del siglo XIX respecto de la posibilidad de que existan derechos subjetivos en el ámbito del Derecho administrativo y que aquellos nazcan de actos de la propia autoridad, no siendo considerados como meras concesiones o medidas de mera tolerancia que no configuran situación jurídica alguna.

En efecto, resulta muy interesante la discusión que se presentó en Francia y Alemania sobre este tema, colocando en posiciones antagónicas a autores tan importantes como Maurice HAUORIOU,¹⁹⁸³ Ernst FORSTHOFF¹⁹⁸⁴ y

¹⁹⁸² Véase MONTT (2002), pp. 300-304.

¹⁹⁸³ HAUORIOU (1908), p. 65.

¹⁹⁸⁴ FORSTHOFF (1954), pp. 284 y ss.

Guido ZANOBINI,¹⁹⁸⁵ que admiten dicha posibilidad, frente a juristas del peso de León DUGUIT,¹⁹⁸⁶ Henry BERTHELMY¹⁹⁸⁷ y Rogerd BONNARD,¹⁹⁸⁸ que sostenían la posición contraria.

Sin embargo, en la actualidad no se puede desconocer que de la concesión de un bien público pueda nacer un derecho real administrativo, el cual se encuentra amparado por la garantía constitucional del derecho de propiedad sobre cosas incorpóreas y que, a nivel de la propia Carta fundamental, se ratifica con la protección de esta garantía respecto de las concesiones administrativas, como es la concesión minera y el derecho real de aprovechamiento sobre las aguas (artículo 19 N° 24).

- b) En segundo término, nuestra legislación distingue entre *concesiones* y *permiso*, colocando el acento en la importancia económica del bien y en el carácter precario o no que tenga el título. Así se sostendrá que la *concesión* se otorga respecto de bienes de mayor importancia económica, dando lugar a un derecho que deberá ser respetado por la Administración, pues en caso contrario deberá indemnizar los perjuicios causados. En cambio, el *permiso* recaería sobre bienes de menor importancia económica y tendrían carácter precario, pues la Administración los podría dejar sin efecto sin la obligación de indemnizar al permisionario.

Este es el criterio que se desprende del artículo 36 de la LOCM, al disponer que:

Artículo 36. *Los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objeto de concesiones y permisos.*

Los permisos serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización.

Las concesiones darán derecho al uso preferente del bien concedido en las condiciones que fije la municipalidad. Sin embargo, ésta podrá darles término en cualquier momento, cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurren otras razones de interés público.

El concesionario tendrá derecho a indemnización en caso de término anticipado de la concesión, salvo que éste se haya producido por incumplimiento de las obligaciones de aquél.

Sin embargo, la regla no es absoluta, puesto que en materia de concesiones marítimas el Decreto con Fuerza de Ley N° 340, de 1960, dispone que "*son concesiones marítimas, las que se otorgan sobre bienes nacionales de uso público o bienes fiscales cuyo control, fiscalización y supervigilancia corresponde*

¹⁹⁸⁵ ZANOBINI (1958), T. IV, p. 14.

¹⁹⁸⁶ DUGUIT (1923), T. III, p. 357.

¹⁹⁸⁷ BERTHELMY (1913), p. 425.

¹⁹⁸⁸ BONNARD (1943), p. 732.

al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, cualquiera que sea el uso a que se destine la concesión y el lugar en que se encuentren ubicados los bienes”, mientras que “son permisos o autorizaciones aquellas concesiones marítimas de escasa importancia y de carácter transitorio y que sólo son otorgadas hasta por el plazo de un año” (artículo 3º). Sin embargo, se dispone que “el Estado se reserva el derecho de poner término a cualquiera concesión o permiso sin responsabilidad para él” (artículo 9º).

El hecho que los permisos contengan cláusula de precario ha llevado a algunos autores a sostener que no sería un derecho, sino que un acto de mera tolerancia de la Administración. Sin embargo, si se examina bien el punto, es posible constatar que estamos frente a un derecho real administrativo que, si bien puede ser precario frente a la Administración, no lo es respecto de terceros que lo deben respetar en su ejercicio y goce. Por tal razón, no resulta posible hacer una distinción ontológica entre una concesión administrativa y un permiso de ocupación de un bien nacional. Así, tiene la naturaleza de concesión el título que tiene una empresa para construir y explotar un estacionamiento subterráneo debajo de una plaza pública, como la persona que tiene un pequeño kiosco para la venta de periódicos y alimentos en la superficie.

VIII. LOS BIENES PÚBLICOS EN PARTICULAR

§ 1. Los bienes públicos locales

1.1. Bienes que comprenden

Los bienes públicos locales comprenden aquellas dotaciones propias de la urbe, esto es, calles, plazas, avenidas, jardines y áreas verdes destinadas al uso público.

La Ley N° 18.290, define la *avenida o calle* como la vía urbana destinada a la circulación de los peatones, de los vehículos y de los animales. A su vez, se distinguen dos partes que la conforman: la calzada y la berma. La *calzada* es la parte de una vía destinada al uso de vehículos y animales, mientras que la *berma* es la faja lateral, pavimentada o no, adyacente a la calzada de un camino (artículo 2º).

Por su parte, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones define a las plazas como “*espacio libre de uso público destinado, entre otros, al esparcimiento y circulación peatonal*”, mientras que la calle la define como la “*vía vehicular de cualquier tipo que comunica con otras vías y que comprende tanto las calzadas como las aceras entre dos propiedades privadas o dos espacios de uso público o entre una propiedad privada y un espacio de uso público*”. A su vez,

entiende por *área verde* la superficie de terreno destinada preferentemente al esparcimiento o circulación peatonal, conformada generalmente por especies vegetales y otros elementos complementarios, y el área verde pública al bien nacional de uso público que reúne las características de área verde (artículo 2º).

1.2. La administración de los bienes públicos locales

En Chile se atribuye a las municipalidades la administración de los bienes nacionales de uso público, incluido el subsuelo, existente en la comuna, salvo que, en atención de su naturaleza o fines y en conformidad a la ley, la administración de estos bienes corresponda a otros órganos de la Administración del Estado (artículo 5º letra c) LOCM). Así, todos los bienes nacionales de uso público sean naturales o artificiales, existentes en el territorio municipal son administrados y conservados, en principio, por las municipalidades, salvo que expresamente se asigne esta tarea a otro órgano de la Administración del Estado.

Sin embargo, en la práctica el alcance de esta disposición es más limitado, pues solo quedan bajo la competencia de las municipalidades —salvo alguna excepción— los bienes públicos locales. La titularidad del resto de los bienes públicos se atribuye a otros órganos de la Administración.

1.3. La afectación y desafectación de los bienes públicos locales

La afectación de un bien público local puede tener lugar mediante dos formas:

- a) Por regla general, los bienes inmuebles fiscales se pueden afectar al uso público mediante decreto supremo dictado a través del Ministerio de Bienes Nacionales (artículo 64 del Decreto Ley Nº 1.939, de 1977).
- b) Sin embargo, lo más habitual es que la afectación se produzca cuando se recepcionan las obras de urbanización. En efecto, conforme al artículo 135 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, cuando la Dirección de Obras Municipales acuerde la recepción de las obras de urbanización, se considerarán, por este solo hecho, incorporadas *“al dominio nacional de uso público, todas las calles, avenidas, áreas verdes y espacios públicos en general, contemplados como tales en el proyecto”*.

Esta obligación se debe comprender dentro las cargas urbanísticas que se imponen a los propietarios para poder edificar y se traduce no solo en la cesión de terrenos para las obras de urbanización, sino también en la ejecución de las obras, que luego quedarán bajo la administración de la

municipalidad. Además, a partir de ese momento, la entidad local tiene la obligación de conservar y mantener dichas obras, así como asumir la responsabilidad por el mal estado de la vías públicas y el daño que pudiese ocasionar a terceros (artículo 169 de la Ley N° 18.290).

Por su parte, la desafectación puede tener lugar también de dos formas:

- a) Por decreto supremo que deberá ser firmado por el Ministerio de Bienes Nacionales y el Ministro de la Vivienda y Urbanismo (artículo 64 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977), y
- b) Como una modificación del Plan Regulador. El decreto de desafectación dispondrá, además, la inscripción del dominio del predio a nombre del Servicio Metropolitano o Regional de la Vivienda y Urbanización que corresponda (artículo 61 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones).

1.4. Los usos privativos

El artículo 36 de la LOCM dispone que: "Los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objeto de concesiones y permisos". Como hemos visto, tanto la concesión como el permiso otorgan un uso privativo respecto de un bien público, por lo que sus diferencias son más bien formales: mientras que el permiso es otorgado directamente por el Alcalde y tiene un carácter precario,¹⁹⁸⁹ la concesión municipal requiere acuerdo del Concejo Municipal y su término por causas no imputables al concesionario, da lugar a indemnización.¹⁹⁹⁰

De esta forma, es posible ocupar los espacios públicos de administración municipal para colocar terrazas, locales comerciales, estacionamientos en superficie o subterráneos, etc. En todos estos casos, el permisionario o concesionario tendrá el uso privativo del bien público. Como contrapartida al otorgamiento de estos usos privativos, la Ley N° 18.695 y el DL N° 3.063 considera la posibilidad de cobrar derechos a los permisionarios y concesionarios, los cuales ingresan al patrimonio municipal.¹⁹⁹¹

El artículo 40 del DL N° 3.063 dispone que "Llámanse derechos municipales las prestaciones que están obligadas a pagar a las municipalidades, las personas naturales o jurídicas de derecho público o de derecho privado, que obtengan de la administración local una concesión o permiso o que reciban un servicio de las mismas, salvo exención contemplada en un texto legal expreso".

¹⁹⁸⁹ Artículos 36 inciso 2° y 63 letra g) de la LOCM.

¹⁹⁹⁰ Artículo 36 inciso 3 y 4, y artículo 64 letra j) de la LOCM.

¹⁹⁹¹ Artículo 13 letra d) de la LOCM.

Entre estos derechos, se consideran los que se cobran por ocupaciones de la vía pública, como la mantención de escombros, materiales de construcción, andamios y cierras, etc. (artículo 41 N° 2); la extracción de arena, ripio u otros materiales, de bienes nacionales de uso público (artículo 41 N° 3); instalaciones o construcciones varias en bienes nacionales de uso público (artículo 41 N° 4), y los permisos que se otorgan para la instalación de publicidad en la vía pública, o que sea vista u oída desde la misma, en conformidad a la Ordenanza Local de Propaganda y Publicidad (artículo 41 N° 5). Por su parte, los derechos por estos permisos y concesiones son fijados por la ley y, en subsidio, mediante ordenanzas locales dictadas por las propias municipalidades.¹⁹⁹²

1.5. Las facultades de policía urbana

La policía de los bienes locales le corresponde a las municipalidades, quienes tienen facultades para:

- a) Regular su uso a través de ordenanzas municipales (artículo 12 de la LOCM);
- b) Velar por el aseo de las vías públicas, parques, plazas, jardines y, en general, de los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna (artículo 25 a), pudiendo aplicarse multas a quienes infrinjan las ordenanzas sobre la materia;
- c) La construcción, conservación y administración de las áreas verdes de la comuna (artículo 25 b), y
- d) Determinar el sentido de circulación de vehículos, en coordinación con los organismos de la Administración del Estado competentes; además de señalizar adecuadamente las vías públicas (artículo 26 b y c).

§ 2. Las carreteras y caminos

2.1. Bienes que comprende

Los caminos públicos son bienes nacionales de uso público, los cuales comprenden:

- a) Las vías de comunicación terrestres destinadas al libre tránsito, *situadas fuera de los límites urbanos de una población* y cuyas fajas son bienes nacionales de uso público.

¹⁹⁹² Artículo 42 de la DL N° 3.063.

- b) También se comprenden las calles o avenidas que unan caminos públicos, declaradas como tales por decreto supremo, y las vías señaladas como caminos públicos en los planos oficiales de los terrenos transferidos por el Estado a particulares, incluidos los concedidos a indígenas (artículo 24 del DFL N° 850, de 1998).
- c) Además, también se deben agregar las fajas de los caminos públicos (artículo 41).

A su vez, también son bienes públicos los *puentes de uso público*, que se definen como las obras de arte construidas sobre ríos, esteros, quebradas y en pasos superiores, en los caminos públicos, o en las calles o avenidas que se encuentren dentro de los límites urbanos de una población.

Los caminos públicos se clasifican en nacionales y regionales. Los *caminos nacionales* comprenden el Camino Longitudinal, los que unen las capitales de provincia con el Longitudinal y los que sean calificados como tales por el Presidente de la República, mientras que son *caminos regionales* el resto de los caminos públicos.

2.2. La administración de los caminos públicos

La administración de los caminos públicos le corresponde a la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas. En tal sentido, el artículo 18 del DFL N° 850 dispone: “*A la Dirección de Vialidad corresponderá la realización del estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y señalización de los caminos, puentes rurales y sus obras complementarias que se ejecuten con fondos fiscales o con aporte del Estado y que no correspondan a otros Servicios de la Dirección General de Obras Públicas*”.

2.3. La afectación y desafectación de los caminos públicos

Al igual que los bienes públicos locales, los bienes inmuebles fiscales se pueden *afectar al uso público* mediante decreto supremo dictado a través del Ministerio de Bienes Nacionales (artículo 64 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977).

También Contraloría ha aceptado que, a falta de un acto formal, la entrega de la obra producirá automáticamente la afectación de un camino al uso público (Dictamen N° 28.157, de 2006).

Por su parte, la *desafectación* se debe realizar por decreto supremo que deberá ser firmado por el Ministro de Bienes Nacionales y el Ministro Obras Públicas (artículo 64 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977).

Sin perjuicio de lo anterior, existe una presunción de camino público respecto de un terreno destinado al uso público: "Todo camino que esté o hubiere estado en uso público se presumirá público en todo el ancho que tenga o haya tenido y la Dirección de Vialidad ordenará y hará cumplir su reapertura o ensanche, en caso de haber sido cerrado o modificado, cualquiera que sea el tiempo durante el cual el camino haya permanecido total o parcialmente sustraído al uso público. Esta disposición no excluye el derecho del particular para reclamar judicialmente su dominio" (artículo 26 del DFL N° 850).

En todo caso, es importante tener presente que el uso inmemorial de un terreno privado como camino público, no lo transforma en bien nacional de uso público, tal como lo dispone el artículo 592 del Código Civil: "*Los puentes y caminos contruidos a expensas de personas particulares en tierras que les pertenecen, no son bienes nacionales, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos*". En este caso, el artículo 26 sólo establece una presunción de camino público, que puede ser desvirtuada por el verdadero propietario del terreno. En tal sentido, la Contraloría ha señalado que "[...] *el mero uso tolerado por el propietario no constituye "destinación al libre tránsito", requisito éste indispensable para que una vía pueda ser considerada camino público, de conformidad con el citado artículo 24, inciso primero*" (Dictamen N° 14.201, de 2007).

2.4. Los usos privativos

El DFL N° 850 reconoce algunos supuestos de usos privativos, en relación a construcciones e infraestructura que debe ocupar la faja fiscal o atravesar caminos públicos:

- a) Se pueden otorgar concesiones mediante licitación pública, sobre terrenos que no podrán exceder del 5% del total de la superficie de la faja requerida para la construcción del camino, aledaños a caminos públicos, situados fuera de los límites urbanos de una comuna y expropiados con el exclusivo propósito de instalar en ellos servicios para los usuarios de la vía, tales como hoteles, estaciones de servicio, restaurantes, paradores de vista u otros similares, y
- b) Autorizar la colocación de cañerías de agua potable y de desagüe; las obras sanitarias; los canales de riego; las tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables; las postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de transmisión de energía eléctrica o fibra óptica y, en general, cualquier instalación que ocupe los caminos públicos (*atraviesos*) y sus respectivas fajas de dominio público (*paralelismos*) u otras obras viales regidas por esta ley (artículo 41).

2.5. Las facultades de policía de caminos

Por último, se destina un párrafo a la policía de caminos, con algunas facultades de interés:

- a) Corresponde al Presidente de la República regular el tránsito de los caminos públicos (artículo 30);
- b) Se establecen una serie de prohibiciones de actividades en los caminos públicos, sujetas a sanción administrativa (artículo 52):
 - Conducir aguas de particulares por los caminos públicos siguiendo su dirección u ocupar con ellas sus cunetas o fosos de desagüe (artículo 31);
 - Ocupar, cerrar, obstruir o desviar los caminos públicos, como, asimismo, extraer tierras, derramar aguas, depositar materiales, desmontes, escombros y basuras, en ellos y en los espacios laterales hasta una distancia de veinte metros y, en general, hacer ninguna clase de obras en ellos.
 - La colocación de carteles, avisos de propaganda o cualquiera otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos del país (artículo 38).
- c) Se comprenden limitaciones a los predios colindantes a los caminos públicos, que también están sujetas a sanción frente a su incumplimiento:
 - Corresponde al Presidente conceder permisos para ocupar los espacios laterales o en los terrenos adyacentes a los caminos públicos hasta una distancia de 20 metros, con vías férreas y la plantación de árboles o cercas vivas, pudiendo en casos calificados e indispensables, disponer la corta de aquellos árboles que perjudicaren la conservación o visibilidad de los caminos (artículo 30);
 - La colocación de avisos en las fajas adyacentes a los caminos deberá ser autorizada por el Director de Vialidad, en conformidad al Reglamento (artículo 38 inciso 2º);
 - Se prohíbe a los dueños de los predios colindantes con los caminos públicos nacionales, ocupar las fajas de 35 metros medidos a cada lado de los cierros actuales o los que se ejecuten en variantes o caminos nuevos nacionales, con construcciones de tipo definitivo que en el futuro perjudiquen su ensanche (artículo 39).
 - Los propietarios de los predios colindantes con caminos nacionales solo podrán abrir caminos de acceso a estos con autorización expresa de la Dirección de Vialidad (artículo 40).

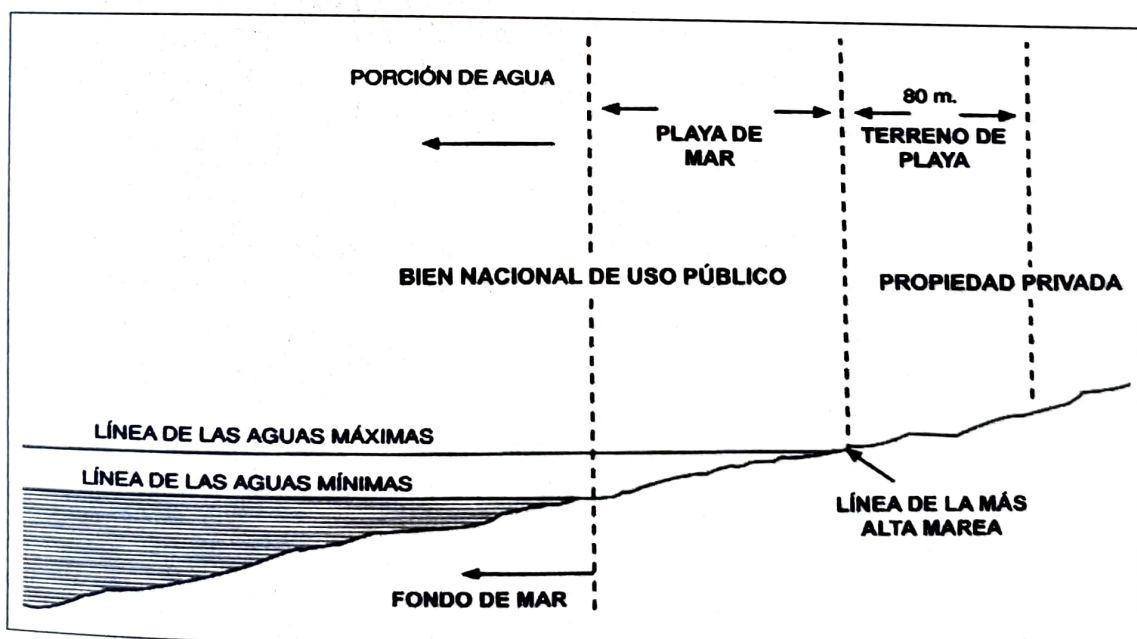
§ 3. Los bienes públicos marítimos

3.1. Bienes que comprende

Conforme al DFL N° 340, de 1960, sobre concesiones marítimas, los bienes públicos marítimos comprenden bienes fiscales y bienes nacionales de uso público, que son los siguientes:

- Los *terrenos de playas fiscales*, dentro de una faja de 80 metros de ancho medidos desde la línea de más alta marea de la costa del litoral. Es condición que este terreno pertenezca al Fisco, pues en caso contrario queda fuera de la competencia de la autoridad marítima;
- La playa de mar, que conforme al artículo 594 del Código Civil es "la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas";
- Las rocas, fondos de mar, porciones de agua dentro y fuera de las bahías, que debemos entender dentro el *mar territorial*, esto es, el mar adyacente hasta la distancia de doce millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base.
- Por último, se agregan los ríos o lagos que sean navegables por buques de más de 100 toneladas, comprendiendo los terrenos de playas fiscales en la franja de 80 metros y la playa de río o lago.

Lo anterior se puede apreciar en la siguiente imagen:



3.2. La administración de los bienes públicos marítimos

La administración de estos bienes públicos corresponde al Ministerio de Defensa, a través de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas (artículo 1º de DFL N° 340, de 1960), aunque también intervienen la Dirección General del Territorio Marítimo y la Marina Mercante (DIRECTEMAR); los Gobernadores Marítimos y los Capitanes de Puerto. Además, este cuerpo legal es complementado por el Decreto Supremo N° 9, del Ministerio de Defensa, de 2018, sobre Concesiones Marítimas (RCM) y que establece que estas autoridades constituyen la Autoridad Marítima (artículo 1º N° 4).

3.3. La afectación y desafectación de estos bienes

Los bienes marítimos son bienes públicos naturales, ya que son descritos por la ley a través de sus características físicas. Por tal razón, la *afectación se ha realizado mediante una ley* como es el DFL N° 340, de 1960, en relación con las normas del Código Civil, particularmente los artículos 593 y 594.

Por lo tanto, la desafectación solo puede tener lugar mediante una modificación legal.

3.4. Los usos privativos

El DFL N° 340 establece dos tipos de usos privativos: concesiones marítimas y permisos.

- a) En primer término, las *concesiones marítimas* se otorgan sobre bienes nacionales de uso público o bienes fiscales cuyo control, fiscalización y supervigilancia corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de las Fuerzas Armadas, cualquiera que sea el uso a que se destine la concesión y el lugar en que se encuentren ubicados los bienes. En general, estas concesiones se obtienen para la construcción de puertos privados, muelles, plantas desalinizadoras, áreas turísticas, deportivas o de recreación, entre otras. Estas concesiones deben ser otorgadas por decreto supremo del Ministerio de Defensa, Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.

Dentro de estas, se encuentran las *concesiones de acuicultura* que se otorgan para fines de cultivo de especies hidrobiológicas, en las áreas fijadas como apropiadas para el ejercicio de la acuicultura, por el Ministerio de Defensa Nacional, y se rigen por las disposiciones de la Ley General de Pesca y Acuicultura. Sin embargo, el procedimiento se inicia ante la Subsecretaría

de Pesca y Acuicultura del Ministerio de Economía, quien debe verificar el cumplimiento de las medidas de protección del medio ambiente y las limitaciones establecidas por la autoridad para determinadas áreas, además de comprobar que no exista superposición con otras concesiones (artículos 51 y ss. de la Ley N° 18.892, de Pesca y Acuicultura). Luego, se remiten los antecedentes al Ministerio de Defensa.

- b) En segundo término, nos encontramos con los *permisos o autorizaciones*, que son aquellas concesiones marítimas de escasa importancia y de carácter transitorio y que solo son otorgadas hasta por el plazo de un año. Estos son otorgados directamente por DIRECTEMAR.

Por último, cabe señalar que, no obstante la diferencia, el Estado se reserva el derecho de poner término a cualquiera concesión o permiso sin responsabilidad para él (artículo 9°).

No obstante, para el uso del espacio marítimo-terrestre no solo basta con una concesión marítima o un permiso, ya que necesariamente aquello debe estar en concordancia con la normativa urbanística. Así, el artículo 64 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones dispone que en las áreas urbanas, los bienes nacionales de uso público que correspondan a terrenos de playa o riberas de mar, de ríos y de lagos navegables, se usarán en concordancia con lo dispuesto en el Plan regulador y su Ordenanza local. De esta manera, estas zonas están sujetas a las normas de zonificación, ocupación, intensidad de la edificación y usos previstos en los instrumentos de planificación territorial. Por tal razón, el ejercicio de los usos privativos otorgados por la autoridad marítima deberá ser conforme con las normas contenidas en los planes reguladores, y de hecho el inciso 2° del artículo 64 dispone que las concesiones requerirán el informe previo favorable de la Dirección de Obras Municipales respectiva.

Respecto del área rural, la autoridad marítima había sostenido en diversos informes, que la limitación a los actos de disposición que le corresponde ejercer sobre los referidos bienes nacionales está circunscrita solo a aquellos que se encuentran en sectores urbanos no comprendiendo a los situados en sectores rurales, por lo que solo puede concluirse, respecto de estos últimos, que su disposición por parte del Ministerio de Defensa no puede ser objeto de limitación alguna. Sin embargo, esto no se corresponde con el régimen de suelo rural previsto en el artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que lo limita al uso agrícola, prohibiendo todo tipo de urbanización o formación de poblaciones. Más aún, toda subdivisión y urbanización de terrenos en dicho ámbito requiere de una autorización especial otorgada por la SEREMI de Agricultura, previo informe favorable de la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, sin perjuicio de la aprobación que debe dar la Dirección de Obras Municipales respectiva. De esta forma,

se requiere la aprobación conjunta de tres órganos de la Administración, lo cual es sin perjuicio del amplio margen de discrecionalidad de la cual disponen ante la falta de plan regulador que regule los usos y la edificación en el área rural. Dadas así las cosas, el régimen de las costas o litoral en el área rural no solo está sujeto a la legislación urbanística, sino que es más estricto al momento de regular su uso y edificación.

A pesar de la gran importancia que tienen las áreas costeras en Chile, la regulación de los usos y edificación es claramente insuficiente y dista de favorecer un manejo integrado de tan valioso espacio. La actuación concurrente de los diversos órganos de la Administración del Estado sin un objetivo común ha generado una situación no del todo alentadora. Una solución fue la aprobación de una Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral, como instancia de coordinación generada a partir del Gobierno central, que ha sido aprobada por Decreto Supremo N° 475, de 11 de enero de 1998, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, con el objeto de efectuar una planificación integrada de los espacios marítimos y terrestres contiguos al litoral, propender a un uso equilibrado y compatible de las distintas actividades a desarrollar en esa área, y coordinar la actuación de los organismos y entidades públicas con competencias concurrente en dicho ámbito. Para tal efecto, se ha creado una Comisión Nacional integrada por los ministerios, organismos e instituciones de la Administración del Estado que tienen atribuciones sobre las actividades que puedan desarrollarse en las áreas costeras, cuyas funciones principales son las de proponer al Presidente de la República acciones que impulsen la Política Nacional, implementar dicha política y coordinar los diversos organismos públicos con competencias territoriales y sectoriales en el área costera. A su vez, mediante el Instructivo Presidencial N° 1 de enero de 1997, se ha dispuesto la creación de Comisiones Regionales de Uso del Borde Costero, cuya función es la de proponer usos preferentes, apoyar la labor de la Comisión Nacional y realizar un Catastro Regional.

Este instrumento y su institucionalización constituyen un verdadero avance en el diseño de una política de ordenación racional del uso del suelo desde una perspectiva que supere la visión local y sectorial. No obstante, el cumplimiento de los objetivos planteados excede con creces las posibilidades de los instrumentos utilizados hasta la fecha. El diseño de una política de protección del borde costero exige, en primer lugar, una revisión de la normativa sectorial que considere distintas zonas de protección y que condicionen, a su vez, a las normas horizontales, como ocurre con la ordenación urbanística. En segundo término, se deben contemplar a nivel legal modificaciones a la legislación urbanística que impongan al planificador la obligación de estructurar un sistema de accesos y espacios públicos que sea armónico con la zona costera. Por último, el paso más importante lo debe constituir la configuración de una competencia efectiva de ordenación territorial a nivel regional, que actúe como instancia de coordinación respecto de las competencias concurrentes a nivel local y sectorial, así como mecanismos de cooperación con los órganos de la Administración central, lo que está sujeto, no obstante, a un avance más profundo en proceso de descentralización administrativa que se viene impulsando en los últimos años.

3.5. La policía marítima

a) *La policía marítima en general*

La necesidad de crear una policía marítima en Chile se manifiesta desde los albores de la independencia y se materializa por primera vez a través del Reglamento de policía para el puerto de Valparaíso, dictado el 19 de julio de 1830, por el cual todas las naves fondeadas en dicho puerto quedaban sujetas a su control y a las "multas y penas" en caso de contravenir cualquiera de sus artículos. Con posterioridad, se radicó esta competencia en el Ministerio de Guerra y Marina en el año 1837, para crear luego un servicio público específico, como fue el Servicio del Litoral en 1848, dependiente de la Marina de Chile. Así, en la medida que se creaban para cada bahía las Subdelegaciones Marítimas (actuales Capitanías de Puerto) dependientes de dicho servicio, cada una de ellas debía dictar el correspondiente reglamento de policía marítima. Con posterioridad, este servicio se transformó en la Dirección del Litoral y de la Marina Mercante, por la Ley N° 6.669, de 1940, pasando a ser definitivamente la Dirección General del Territorio Marítimo y de la Marina Mercante o DIRECTEMAR, regulada por Decreto con Fuerza de Ley N° 292, de 1953, que establece su ley orgánica vigente a la fecha.

Por su parte, el detalle de sus atribuciones se encuentra regulado en el artículo 3° de dicho cuerpo legal, dentro del cual destacan la de ejercer la Policía Marítima, Fluvial y Lacustre; velar por la seguridad de la navegación y por la protección de la vida humana en el mar, controlando el cumplimiento de las disposiciones nacionales e internacionales sobre estas materias; ejercer la fiscalización y control de las playas y de los terrenos fiscales de playa colindantes con estas en el mar, ríos y lagos; de las rocas, fondos de mar y porciones de agua dentro de las bahías, ríos y lagos, y a lo largo de las costas del litoral y de las islas; y dictaminar en los sumarios administrativos que se substancien sobre accidentes y siniestros marítimos, determinar las responsabilidades que correspondan en ellos y aplicar sanciones.¹⁹⁹³

¹⁹⁹³ El artículo 3° dispone que "*Corresponde a la Dirección:*

Velar por la seguridad de la navegación y por la protección de la vida humana en el mar, controlando el cumplimiento de las disposiciones nacionales e internacionales sobre estas materias; atender la señalización de las costas y rutas marítimas en el litoral de la República; y atender las telecomunicaciones marítimas de la Marina Mercante;

a) Velar por el desarrollo y eficiencia de la Marina Mercante Nacional, como asimismo, por el estudio de la organización y desarrollo del transporte marítimo, fluvial y lacustre;

b) Controlar y fiscalizar el material de las naves y artefactos navales para asegurar su eficiencia y las condiciones de navegabilidad de ellas;

c) Velar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos y demás disposiciones relacionadas con la parte técnica y profesional de la Marina Mercante Nacional y de Pesca y Caza Marítima,

Por su parte, también se aplica en esta materia la Ley de Navegación, cuyo texto original es de 1878, y que actualmente se encuentra recogido en el Decreto Ley N° 2.222, de 31 de mayo de 1978. Este cuerpo legal establece el marco regulatorio para la actividad marítima y de navegación en Chile, entregando especiales facultades a la Autoridad Marítima en aspectos de control, fiscalización y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria nacional e internacional vigente, en aspectos tan importantes como la actividad marítimo-portuaria, sistema registral de naves mayores y menores, titulación del personal marítimo, búsqueda y salvamento marítimo, contaminación acuática y policía marítima, entre otros aspectos de relevancia.

de la Marina de Turismo y de los Deportes Náuticos, tanto en lo concerniente a su personal como a su material, comprendiendo en aquel a los empleados y obreros marítimos, fluviales y lacustres;

d) *Controlar y asegurar el mantenimiento del orden y la disciplina a bordo de las naves mercantes y especiales y de los artefactos navales;*

e) *Juzgar y sancionar al personal de la Marina Mercante, al personal de naves especiales y, en general, al personal que trabaja en faenas que las leyes le encomiendan fiscalizar, por faltas de carácter profesional o por faltas al orden, a la seguridad y a la disciplina;*

f) *Multar a los infractores de las leyes y reglamentos vigentes y de los que se dicten concernientes a los servicios de la Marina Mercante Nacional;*

g) *Velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad de las naves en los puertos de la República y de las faenas marítimas, fluviales y lacustres;*

h) *Dictaminar en los sumarios administrativos que se substancien sobre accidentes y siniestros marítimos, determinar las responsabilidades que correspondan en ellos y aplicar sanciones;*

i) *Estas facultades se aplicarán respecto del personal de naves chilenas en lo relativo a la situación profesional y disciplinaria, sea que los hechos ocurran en Chile o en el extranjero. Respecto al personal de las naves extranjeras sólo se aplicarán estas facultades si los hechos han acaecido dentro de la jurisdicción de la Dirección.*

Por decreto supremo se fijarán el procedimiento para substanciar los sumarios administrativos y las sanciones y multas que corresponda aplicar al personal de las naves nacionales y extranjeras y, en general, a quienes por cualquier causa sean responsables en accidentes y siniestros marítimos;

La Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante no ejercerá su autoridad en los asuntos laborales cuya solución corresponde a los Tribunales de Justicia.

j) *Otorgar títulos, matrículas, licencias, permisos y libretas de embarco en conformidad a la ley y, en los demás casos, permiso de seguridad;*

k) *Ejercer la Policía Marítima, Fluvial y Lacustre. El Director y las Autoridades Marítimas y los demás funcionarios en quienes el Director o las Autoridades Marítimas deleguen tales facultades, podrán efectuar allanamientos, incautaciones y arrestos, dentro de sus funciones de Policía Marítima;*

l) *Ejercer la fiscalización y control de las playas y de los terrenos fiscales de playa colindantes con éstas en el mar, ríos y lagos; de las rocas, fondos de mar y porciones de agua dentro de las bahías, ríos y lagos, y a lo largo de las costas del litoral y de las islas, cuyo control y fiscalización otorgan las leyes al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina; y*

m) *Realizar la movilización de la Marina Mercante Nacional y/o tomar el control de los servicios marítimos cuando el Gobierno decrete un estado de emergencia nacional o internacional que amenace la seguridad de la República, con el objeto de mantener la eficiencia de los servicios marítimos nacionales”.*

Desde el punto de vista de su función, el artículo 5º de la Ley de Navegación dispone que: *“La autoridad marítima corresponderá a la Dirección [DIRECTEMAR] y, como tal, aplicará y fiscalizará el cumplimiento de esta ley, de los convenios internacionales y de las normas legales o reglamentarias relacionadas con sus funciones, con la preservación de la ecología en el mar y con la navegación en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional. La Dirección tendrá la representación oficial del Estado en asuntos o reuniones internacionales relativos a las materias profesionales y técnicas de que trata esta ley”*. A su vez, se establece dentro de su orgánica que: *“Los Gobernadores Marítimos y los Capitanes de Puerto desempeñarán sus funciones como delegados del Director, y serán los encargados de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias dentro de su territorio jurisdiccional”* (artículo 6º).

Una de las facultades que tiene la DIRECTEMAR es instruir sumarios administrativos, para determinar las eventuales responsabilidades y, en su caso, aplicar sanciones si corresponde. A su vez, en su ejercicio podrá actuar directamente o a través de los Gobernadores Marítimos y Capitanes de Puerto.

b) Algunas medidas de policía: la delimitación de este bien público y el acceso a las playas

Dentro de las medidas de policía que se pueden adoptar, se deben destacar particularmente dos: a) la delimitación de este bien público, y b) los mecanismos para garantizar el acceso a las playas de mar, ríos y lagos.

i. Las facultades para fijar el límite de la playa de mar, ríos y lagos

Considerando que estamos ante un bien público natural, se pueden presentar dificultades para determinar su límite, lo que tiene particular relevancia, puesto que aquello determina un régimen jurídico radicalmente distinto entre bienes sometidos al régimen de propiedad y aquellos que son bienes nacionales de uso público e inapropiables.

Ahora bien, el Código Civil define la *playa de mar* como la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en *las más altas mareas* (artículo 594). Por lo tanto, el límite está determinado por el lugar hasta donde llegan las mareas en su cuota máxima regular o habitual, descartando aquellos fenómenos que son anormales, como marejadas o temporales.

El RCM establece que la línea de playa es *“aquella que, de acuerdo con el artículo 594 del Código Civil, señala el deslinde superior de la playa de mar hasta donde llegan las olas en las más altas mareas”* (artículo 1º N° 29). Sin embargo, luego se refiere a la línea de la playa oficial como aquella fijada por

la DIRECTEMAR, pudiendo solicitar para su determinación, un informe técnico al Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada (SHOA).

En el caso de los *ríos y lagos navegables por buques de más de cien toneladas*, nos encontramos con el álveo o cauce natural, que es el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas (artículo 30 del Código de Aguas). Esto conforma la ribera de los ríos y lagos que constituye, a la sazón, también la playa de estos cursos de aguas. En este caso, el RCM establece que la *línea de las aguas máximas en ríos y lagos* es el nivel hasta donde llegan las aguas en los ríos o lagos, en sus crecientes normales de invierno y verano. Para su determinación se debe estar a lo definido por el Ministerio de Bienes Nacionales, conforme a los procedimientos establecidos en el Decreto Supremo N° 609, de 1978, de esa Secretaría de Estado, o en su defecto, a las instrucciones impartidas por la Dirección (artículo 1° N° 31).

En definitiva, es a través de un acto administrativo, ya sea que emane de la DIRECTEMAR o del Ministerio de Bienes Nacionales, que se fija la línea oficial de las playas de mar, ríos y lagos. A su vez, se trata de una medida sujeta a revisión judicial y que puede ser revisada de oficio por la autoridad, en la medida que cambie la realidad geográfica del sector.

ii. El acceso a las playas

El artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado (DL N° 1.939), establece que: *“Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto”*.

Esta situación se presenta en los casos de terrenos que colindan con estas playas, muchas veces derivados de títulos otorgados por el propio Estado de forma gratuita u onerosa. Así, al momento de fijar los deslindes, se estableció que el terreno colindaba, por ejemplo al oeste con el Océano Pacífico, el Mar de Chile o simplemente el mar, con lo cual debemos entender que su límite llegaba hasta la línea de playa, esto es, hasta las más altas mareas. Por tanto, no existiría terreno de playa fiscal y el acceso solo sería a aquel espacio que las olas bañan y desocupan alternativamente. En otro supuesto, el terreno podría no llegar a dicho límite y existir terreno de playa fiscal, pero el acceso también estaba restringido por la presencia de estos predios de titularidad privada.

En ambos supuestos, los propietarios tienen una carga pública: facilitar gratuitamente el acceso a estos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.

Ahora bien, para fijar esta vía de acceso se establece un procedimiento administrativo, que debe terminar con la dictación de una resolución

del Intendente Regional (delegado presidencial regional) a través de la SEREMI del Ministerio de Bienes Nacionales. Para tal efecto, antes se debe dar audiencia a los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos, para establecerla de común acuerdo. En caso contrario, se debe determinar prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados. Se entiende, por tanto, que debe ser un acto fundado que debe dar cuenta de las razones por las cuales se ha determinado la vía de acceso y cómo aquella provoca una afectación que es justificada y la menos gravosa respecto de todas las alternativas que pudieren existir.

Como todo acto administrativo, esta resolución puede ser impugnada judicialmente dentro del plazo de 10 días desde su notificación, momento desde el cual produce sus efectos, salvo que la autoridad administrativa o judicial ordenen la medida de suspensión de la misma en el marco del procedimiento impugnatorio (artículos 3 inciso final y 57 de la LBPA). A pesar de que no se indica, también entendemos que es posible interponer los recursos de reposición y jerárquico, conforme al artículo 59 de la LBPA, con lo cual se interrumpe el plazo para recurrir por la vía judicial (artículo 54).

Desde que produzca sus efectos, ya sea que esté pendiente la impugnación o se encuentre a firme la resolución, el propietario, arrendatario, tenedor u ocupante del terreno colindante no podrá cerrar ni obstaculizar la vía de ningún modo. En caso de contravención, el infractor será sancionado con multa a beneficio fiscal de 10 a 100 unidades tributarias mensuales. A su vez, en caso de reincidencia, se podrá aplicar una multa equivalente al doble del máximo establecido. La aplicación de la multa y la reclamación de la misma queda entregada al conocimiento de los juzgados de policía local.

Se ha discutido si esta carga constituiría una privación del dominio que, en los términos del artículo 19 N° 24 inciso 3°, debiera dar derecho a una indemnización. Así se desprende de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 245 y 246-96, por la cual se declaró inconstitucional el decreto Supremo N° 1, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, reglamento de aplicación del artículo 13 del DL N° 1.939. En este caso se sostuvo que *“la limitación al dominio que impone el Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, si bien no priva totalmente de los atributos de uso y goce de la propiedad, en el hecho hace ilusorios estos atributos, de lo que resulta en la realidad una privación de ellos que causa un daño que debe indemnizarse por la autoridad”* (considerando 40°). Sin embargo, en un pronunciamiento posterior, sentencia Rol N° 1.215-08, se sostuvo que *“[...] el precepto legal cuya constitucionalidad ha sido atacada para el caso concreto, al imponer a los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar la obligación de facilitar el acceso público a ellas y al otorgar a los Intendentes Regionales la potestad de imponerlo así y precisar las vías de acceso, ha empleado un medio necesario, o al*

menos adecuado, para alcanzar un propósito constitucionalmente legítimo, que queda comprendido en la función social de la propiedad, pues está establecido por el legislador como un medio idóneo de alcanzar un propósito constitucional, determinado en razón de la utilidad pública de ciertos bienes y del interés general". A pesar de aquello, no se pronunció respecto de si era procedente o no una indemnización, señalando que: "...no cabe pronunciarse sobre la constitucionalidad del eventual efecto de la disposición de gratuidad contenida en la norma impugnada, en cuanto pudiere impedir la indemnización del afectado en virtud de su aplicación, pues ese efecto no puede producirse en la gestión pendiente y, por ello, debe también desestimarse por este capítulo la acción impetrada".

En definitiva, estamos ante un tema abierto, aunque la jurisprudencia actual de la Corte Suprema no admite la responsabilidad del Estado por actuaciones lícitas, como sería en este caso, pues la discusión no se centra en la legalidad de la medida, sino que en el deber jurídico que tendrían los propietarios de soportar esta medida y de eventual quiebre del principio de igualdad de las cargas públicas.

§ 4. Las aguas y su cauce natural

4.1. Bienes que comprenden

Estos bienes comprenden las *aguas* y el *álveo o cauce natural*. Nuestro Código de Aguas señala que las aguas constituyen bienes nacionales de uso público (artículo 5º), tal como ya lo había sostenido el Código Civil (artículo 595),¹⁹⁹⁴ mientras que define el *álveo o cauce natural* de una corriente de uso público como "*el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas*", indicando posteriormente que este suelo es de dominio público y no accede mientras tanto a las heredades contiguas, pero los propietarios riberanos podrán aprovechar y cultivar la superficie de ese suelo en las épocas en que no estuviere ocupado por las aguas (artículo 30).

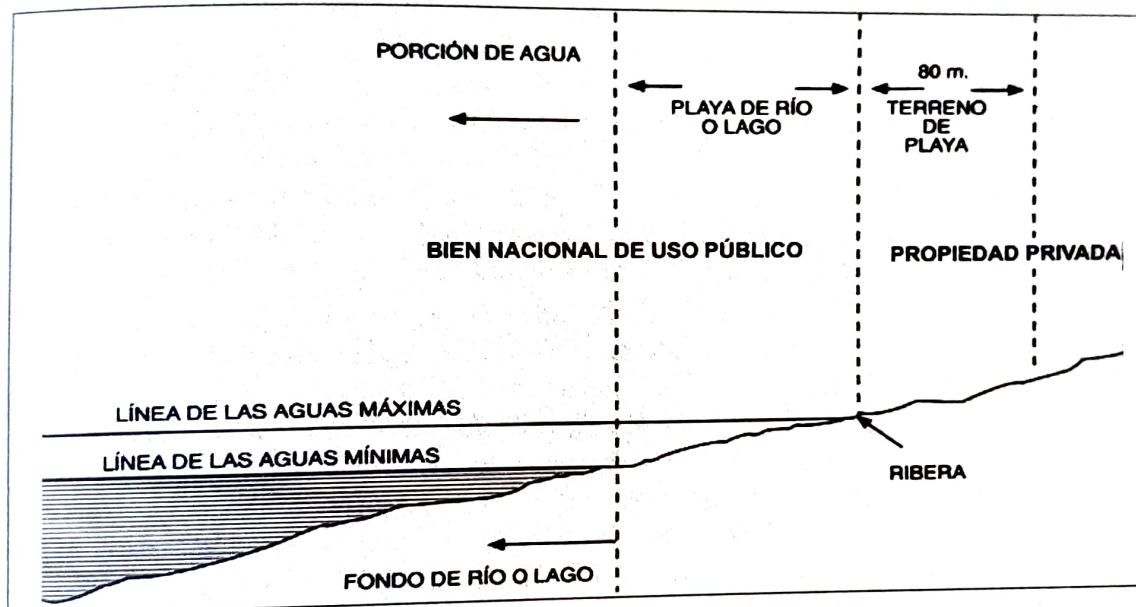
A su vez, se distingue del *canal o cauce artificial*, que es el acueducto construido por la mano del hombre. Este comprende las obras de captación, conducción, distribución y descarga del agua, tales como bocatomas, canoas, sifones, tuberías, marcos partidores y compuertas. Conforme al artículo 36 del Código de Aguas, estas obras y canales son de dominio privado.

¹⁹⁹⁴ Esta redacción fue introducida por la Ley N° 16.640, de Reforma Agraria, de 1967. El texto original establecía que: "*Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público. Exceptúanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasa con éstas a los herederos y demás sucesores de los dueños*".

En este caso, la expresión “dominio público” debemos hacerla sinónima de bien nacional de uso público, en el entendido que se trata de bienes que están fuera del comercio humano y su administración se encuentra entregada a órganos de la Administración del Estado.¹⁹⁹⁵

Por último, complementando lo anterior, el Reglamento de Concesiones Marítimas define la playa de río o lago como la “*extensión de suelo que las aguas bañan en sus crecidas normales comprendido entre la línea de aguas mínimas y aguas máximas*” (artículo 1 N° 40). Esta extensión forma parte del álveo o cauce, siendo bienes nacionales de uso público, marcando el límite con los terrenos que estarán sujetos al régimen de propiedad, ya sea de propiedad fiscal (terreno de playa) o privada.¹⁹⁹⁶

Todo lo anterior, se puede apreciar en la siguiente figura:



4.2. La administración de los recursos hídricos y las funciones de policía de aguas

La Dirección General de Aguas (DGA) dependiente del Ministerio de Obras Públicas le corresponde la gestión y administración de los recursos

¹⁹⁹⁵ El artículo 30 del Código de Aguas es una de las pocas disposiciones que utiliza en nuestro ordenamiento la expresión dominio público, que proviene de la tradición francesa y española, alcanzando enorme influencia en Latinoamérica. Véase CORDERO (2019).

¹⁹⁹⁶ En tal sentido, el DS N° 9 de Concesiones Marítimas, dispone que la “línea de las aguas máximas en ríos y lagos” es el “nivel hasta donde llegan las aguas en los ríos o lagos, en sus crecientes normales de invierno y verano. Para su determinación se estará a lo definido por el Ministerio de Bienes Nacionales conforme a los procedimientos establecidos en el DS N° 609 de 1978, de esa Secretaría de Estado, o en su defecto, a las instrucciones impartidas por la Dirección” (artículo 1° N° 27).

hídricos, así como el otorgamiento de derechos reales de aprovechamiento de aguas.

En un comienzo las facultades de policía y de administración de las aguas fueron entregadas a las municipalidades. Así, la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades de 1854. Así, se dispuso que *“los ríos y demás corrientes de agua del uso común de los habitantes, están sujetos a la acción de las Municipalidades, en cuanto a establecer reglas para el buen uso de las aguas, mientras corran por el cauce natural y ordinario, y para determinar jeneralmente la forma y seguridades con que deben construirse las tomas o los marcos de las acequias o canales que de dichos ríos se sacaren”*.¹⁹⁹⁷ Por su parte, *“sacada el agua de la corriente común, sólo quedará sujeta a la acción municipal en cuanto lo exigieren las reglas jenerales de policía, de salubridad y las que se dictaren para mantener espedito el tránsito por los caminos del departamento o territorio municipal”*.¹⁹⁹⁸

A su vez, en lo que dice relación con el otorgamiento de títulos para la extracción y uso de las aguas, se estableció que *“las mercedes o permisos para sacar agua de un río, o estero, corresponden al jefe del departamento en que el saque o toma haya de establecerse, sin que en virtud de estas mercedes se adquiera más derecho que el que corresponda por las leyes comunes, atendidas la antigüedad y preferencia en la merced entre los varios interesados”*.¹⁹⁹⁹ En este caso, debemos tener presente que en aquella época el Jefe del Departamento era el Gobernador que, por lo demás, era la autoridad máxima de la municipalidad.

La Ley de Municipalidades de 1887 mantuvo en lo sustancial esta regulación.²⁰⁰⁰ Sin embargo, un cambio más relevante se produce con la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades de 1891 —conocida como la Ley de la Comuna Autónoma—, que le entregó amplias atribuciones sobre la materia a las entidades locales, incluyendo la facultad de otorgar mercedes de aguas.²⁰⁰¹ Sin embargo, diversos factores determinaron que este poder municipal se fuese diluyendo y a comienzos del siglo XX buena parte de las facultades de policía que estaban en el ámbito local se fueron centralizando en el Gobierno, como ocurrió en materia de aguas, hasta que se entregó de forma definitiva la potestad de otorgar mercedes de aguas al Presidente de la República, como lo confirma el Código de Aguas de 1951.²⁰⁰²

¹⁹⁹⁷ Artículo 118 inciso 1°.

¹⁹⁹⁸ Artículo 118 inciso 2°.

¹⁹⁹⁹ Artículo 118 inciso 3°.

²⁰⁰⁰ Artículo 102.

²⁰⁰¹ El artículo 26 N° 2 estableció que corresponde especialmente a las municipalidades:

“Conceder, sin perjuicio de derechos adquiridos por terceros, mercedes de aguas de ríos i esteros de uso público que corran exclusivamente dentro del respectivo territorio municipal, i dictar las reglas a que han de ajustarse los marcos o boca-tomas que en ellos se construyan; pudiendo la Municipalidad nombrar en tiempos de escasez de aguas un inspector que vijile los marcos i distribuya las aguas provisionalmente i según los títulos que presenten los interesados, sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar ante la justicia ordinaria”. El problema se presentó respecto de los ríos o esteros que recorrían o dividían dos o más territorios municipales. Véase HEDERRA (1960), pp. 240-241.

²⁰⁰² Así fue establecido por el Decreto Ley N° 160, de 1924, sobre mercedes de aguas, muelles y ferrocarriles, que disponía: *“Las concesiones de mercedes de aguas para regadío,*

Con el Decreto Ley N° 160, de 1924, y luego con el Código de Aguas de 1951, se centralizaron las funciones de policía de aguas, radicándola en el Presidente de la República y el Ministerio de Obras Públicas. En todo caso, con anterioridad se había creado el Ministerio de Industrias y Obras Públicas (1887), que tuvo, entre otras funciones, la ejecución de las obras de riego. Así, se creó en 1915 la Inspección General de Regadío, organismo dependiente de la Dirección de Obras Públicas, y que tuvo como función el estudio y la construcción de estas obras.²⁰⁰³ Posteriormente, a través de la Ley N° 4.445, de 1928, este organismo es reemplazado por el Departamento de Riego, que tendrá a su cargo todo lo relacionado con obras de regadío fiscales, la concesión de mercedes de agua y el aforo de los caudales de los ríos y canales.

En esta línea, el artículo 7° de la Ley N° 9.909, que aprueba el Código de Aguas de 1951, estableció que al Departamento de Riego de la Dirección General de Obras Públicas le correspondía ejercer la policía y vigilancia de las aguas e *impedir que en los cauces naturales de uso público se hagan o destruyan obras sin la autorización correspondiente*. Además, también le correspondía impedir que se extrajeran aguas de los mismos cauces sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda. Más aún, en el desempeño de sus funciones, el Director del Departamento de Riego podía requerir del Intendente o Gobernador respectivo el auxilio de la fuerza pública, que le debía ser facilitado con facultades de allanamiento y descerrajamiento. Posteriormente, se suprimió la Dirección de Obras Públicas y el Departamento de Riego pasó a constituir la Dirección de Riego, para transformarse definitivamente en la Dirección de Obras Hidráulicas,²⁰⁰⁴ aunque sus funciones de policía son reformuladas dentro del Ministerio de Obras Públicas. Esto se debe a que estas funciones debían ser ejercidas por la Dirección General de Aguas (en adelante “DGA”), organismo que solo fue creado en 1967 con la dictación de la Ley N° 16.640, de Reforma Agraria, que le atribuye la función de ejercer “la policía y vigilancia de las

fuerza motriz o usos industriales en general, estarán sometidas, en cuanto a su otorgamiento, respectivamente, a los trámites señalados en los decretos reglamentarios de 25 de abril de 1916, de 8 de febrero de 1907, de 23 de enero de 1924 y 26 de marzo de 1920, del ex-Ministerio de Industria y Obras Públicas y a lo dispuesto en el presente reglamento. Todas estas concesiones deberán otorgarse por el Presidente de la República” (artículo 20). Sin embargo, la Ley de Municipalidades de 1925, aprobada por el Decreto Ley N° 740, volvió a la norma de 1891, entregando estas facultades a las municipalidades, hasta que el Código de Aguas de 1951 estableció que la única autoridad competente para otorgar mercedes de aguas era el Presidente de la República.

²⁰⁰³ La Ley N° 2.953 autorizó la inversión de \$ 16.000.000 para la ejecución de cuatro canales de riego. Así se construyeron los canales Mauco, Maule, Melado, Bío Bío y más tarde, los canales Perquilauquén y Tipaume. Además, en esta época se inició también el Embalse Laguna del Planchón. Véase SANDOVAL (2003), pp. 19-20.

²⁰⁰⁴ A través del Decreto con Fuerza de Ley N° 150, de 1953, el Departamento de Riego pasó a la categoría de Dirección de Riego. Con la Ley N° 19.925, de 1997, que regula los sistemas de evacuación y drenaje de aguas lluvias, se convirtió en la actual Dirección de Obras Hidráulicas (artículo 3°).

aguas, e impedir que en los cauces naturales de uso público se hagan o destruyan obras sin la autorización correspondiente. Impedirá también que se extraigan aguas de los mismos cauces sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda" (artículo 263 letra b). Esta disposición se mantuvo en el texto original del artículo 299 letra c) del Código de Aguas de 1981.

En este sentido, a la DGA le corresponden distintas funciones vinculadas con las aguas y sus cauces, que se pueden resumir en tres áreas:

- a) Con carácter general tiene *funciones de planificación e investigación*. Así, le corresponde planificar el desarrollo del recurso en las fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento y arbitrar las medidas necesarias para prevenir y evitar el agotamiento de los acuíferos; y de investigar, medir el recurso y monitorear tanto su calidad como su cantidad, en atención a la conservación y protección de las aguas (artículo 299 letras a y b del Código de Aguas);
- b) *Funciones de policía en relación con los cauces naturales de uso público y de las aguas*. De esta forma, le corresponde la vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público y acuíferos; impedir, denunciar o sancionar la afectación a la cantidad y la calidad de estas aguas; e impedir que en estos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización previa del servicio o autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación. Además, debe impedir que se extraigan aguas de los mismos cauces y en los acuíferos sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda, y supervigilar el funcionamiento de las organizaciones de usuarios (artículo 299 letras c, d y e).

Para tal efecto, dispone de diversas potestades, como son:

- Otorgar derechos de aprovechamiento de aguas (artículo 20 y 147 bis);
- Autorizar las modificaciones que fueren necesarias realizar en los cauces (artículo 41 y 171). Esto es sin perjuicio de las facultades de la Dirección de Obras Hidráulicas (en adelante "DOH") en el estudio, proyección, construcción y conservación de las obras de defensa de terrenos y poblaciones contra crecidas de corrientes de agua y regularización de las riberas y cauces de los ríos, lagunas y esteros (artículo 14 letra l del DFL N° 850);
- Realizar funciones de fiscalización en predios de propiedad pública o privada (artículos 172 bis y 300 letras b y h);
- Ordenar la paralización de obras en caso de acreditarse fehacientemente la extracción de aguas en un punto no reconocido o

constituido de conformidad a la ley. Asimismo, podrá ordenar el cegamiento de un pozo una vez que la resolución se encuentre ejecutoriada (artículo 299 ter);

- Aplicar sanciones administrativas por infracciones a las normas del Código de Aguas (artículos 172 bis y 173), y
- Requerir directamente el auxilio de la fuerza pública, con facultades de allanamiento y descerrajamiento, para efectos de ejercer de sus atribuciones (artículo 299 letra f).

4.3. La afectación y desafectación de estos bienes

Las aguas y su cauce natural también son bienes públicos naturales, ya que han sido publicados por la ley a partir de sus características físicas. Por tal razón, la *afectación se ha realizado mediante una ley* como son el Código Civil y el Código de Aguas.

Por lo tanto, la desafectación solo puede tener lugar mediante una modificación legal.

4.4. Los usos privativos

En esta materia, debemos distinguir en relación con las aguas y el cauce natural.

- a) *En relación con las aguas*, corresponde a la DGA otorgar su uso privativo a través de los derechos de aprovechamiento de aguas, conforme a la regulación previstas en el Código de Aguas.

Este cuerpo legal dispone que “el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código” (artículo 6º). Luego dispone que el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad (artículo 20), aunque se han reconocido los derechos emanados de los usos consuetudinarios, con ciertas limitaciones (artículo 19 N° 24 de la Constitución; artículo 7º del Decreto Ley N° 2.603, de 1979, y artículo 2º transitorio del Código de Aguas). Lo importante es que este derecho permite a su titular extraer las aguas de un cauce natural, especificarlas y hacerlas suyas, para los usos que estime conveniente.

- b) Respecto del *cauce natural o álveo*, se debe hacer alguna distinción:
- En el caso de los *ríos y lagos navegables por buques de más de 100 toneladas*, corresponde al Ministerio de Defensa, a través de la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas, otorgar concesiones su uso privativo, conforme al DFL N° 340, de 1960.
 - En los demás casos se ha planteado alguna discusión, pues para Contraloría la competencia sería de las municipalidades, ya que no habría norma alguna que le entregue facultades a la DGA en esta materia. Sin embargo, nosotros discrepamos de dicha posición, como lo explicaremos a continuación.

La posición de Contraloría se puede resumir en los siguientes puntos:

- a) La DGA sólo tiene facultades generales de policía y vigilancia sobre los cauces y no su administración. En tal sentido, se sostuvo que: *“En lo que atañe a las facultades de la Dirección General de Aguas contenidas en la letra c) del artículo 299, ellas se limitan a la policía, esto es, al buen orden que se observa y guarda en un determinado lugar, cumpliéndose las leyes u ordenanzas establecidas para su mejor gobierno; y a la de vigilancia, que no es otra cosa que el cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de ella”*.²⁰⁰⁵ En tal sentido, estas facultades generales no podrían significar la existencia de potestades de administración del cauce, indicando que *“...las disposiciones del Código de Aguas no han dotado a la Dirección respectiva de atribuciones expresas para intervenir en los actos de competencia privativa de los órganos encargados de administrar bienes nacionales de uso público, aseveración que adquiere mayor relevancia si se considera que por mandato de la Carta Fundamental las Municipalidades son corporaciones autónomas, cuyas funciones y atribuciones están establecidas en una ley orgánica constitucional”*.²⁰⁰⁶
- b) *No existiendo norma legal específica, corresponde a las municipalidades administrar los cauces naturales de las corrientes de uso público.* En tal sentido, el Ente Contralor ha sostenido que las municipalidades tienen competencia para la administración de los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna,²⁰⁰⁷ pues *“que para el cumplimiento de sus funciones, los municipios tienen la atribución de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna, salvo, que*

²⁰⁰⁵ Dictamen N° 53.482, de 2005.

²⁰⁰⁶ Dictamen N° 46.192, de 2004.

²⁰⁰⁷ Dictamen N° 68.075, de 2009.

*por su naturaleza o fines, la administración de los últimos corresponda a otros órganos estatales”.*²⁰⁰⁸

Ahora bien, *“el álveo o cauce natural de una corriente de uso público es el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas, suelo que es de dominio público, de modo que ellos tienen carácter de bienes nacionales de uso público”*,²⁰⁰⁹ y su administración no está entregada a la DGA.²⁰¹⁰ Por su parte, el artículo 5º letra c) de la LOCM *“... no efectúa distinción alguna acerca del tipo de bienes nacionales de uso público ubicados en la comuna que son administrados por las entidades edilicias, sino que tan sólo contempla una excepción que consigna dos presupuestos básicos y copulativos para su aplicación: la naturaleza o fines de los bienes y que las facultades de administración sean conferidas por ley, situación que no acontece en la especie, respecto de la materia en análisis; por ende, tiene plena aplicación la regla general de administración por parte del Municipio”*.²⁰¹¹

- c) Por último, *las municipalidades pueden otorgar el uso privativo a través de permisos o concesiones municipales respecto del álveo o cauce de un río o lago, así como fijar y cobrar los respectivos derechos municipales.*²⁰¹²

Si bien los pronunciamientos de Contraloría tenían por objeto dar respuesta a un vacío legal, la situación planteaba problemas bastante serios en la gestión y administración de las cuencas hidrográficas, puesto que la intervención en los caudales de corrientes de uso público no puede estar separada de la administración de los recursos hídricos, pues su existencia se justifica en razón de los mismos: el caudal sirve a las aguas que se depositan y corren sobre el mismo, de manera que, sin agua, no existe caudal. Por su parte, considerando la naturaleza y fin de un caudal, no era posible sostener que aquellos se encuentran bajo la administración real de la municipalidad, ya que no estaba dentro de sus competencias la alteración de su curso o la autorización para la construcción de obras o edificaciones en los mismos, que el Estado realizaba directamente, sin pedir permiso o autorización a la municipalidad.²⁰¹³ De hecho, las facultades de las municipalidades se han limitado a actuaciones que no afectan el cauce de un río o estero, como sucede con la extracción de áridos o la ocupación temporal en el caso de riberas

²⁰⁰⁸ Dictamen N° 22.828, de 1989.

²⁰⁰⁹ *Idem.*

²⁰¹⁰ Dictamen N° 46.192, de 2004.

²⁰¹¹ Dictamen N° 46.192, de 2004.

²⁰¹² Dictámenes N°s 19.957, de 1982 y 22.828, de 1989.

²⁰¹³ Así lo confirma, por lo demás, el artículo 27 del DL N° 1.939 y 14 letra l) del DFL N° 850.

no cubiertas por las aguas de forma más o menos permanente,²⁰¹⁴ aunque se han planteado casos en las cuales la intervención del cauce por parte de la entidad local afecta la buena administración de los cursos hídricos.²⁰¹⁵

Sin embargo, a partir del año 2005 nuestra legislación comenzó a dar un giro sobre la materia, colocando a la DGA como el órgano rector en relación con la intervención o modificación de los cauces de ríos, lagos y esteros. Esta tendencia parte con la Ley N° 20.017, de 2015, que amplía las atribuciones de la DGA mediante una modificación del artículo 299 letra c) del Código de Aguas, estableciendo que le corresponde: “... *Ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en éstos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización previa del servicio o autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación*”.

A partir de esta norma, queda claramente establecido que la DGA es la autoridad competente para permitir que se construyan, modifiquen o destruyan obras en los cauces de uso público, salvo que exista una norma especial en contrario. En todo caso, el proyecto de ley era más ambicioso, pues pretendía centralizar en la DGA la autorización de estas obras, como la regulación en la extracción de áridos y la delimitación de los cauces.²⁰¹⁶ Si bien estos dos últimos puntos no fueron considerados, sí se estableció que la DGA estaba facultada para ordenar la inmediata paralización de las obras o labores que se ejecutaran en los cauces naturales de aguas corrientes o detenidas que no cuenten con la autorización competente y que pudieran ocasionar perjuicios a terceros, para lo cual podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, previa autorización judicial (artículo 129 bis 2). De esta manera se fueron reforzando las competencias de este organismo sobre los cauces de uso público.

²⁰¹⁴ Dictamen N° 19.957, de 1982.

²⁰¹⁵ Así se presentó en un caso, en que la municipalidad otorgó permisos para construir estadios o recintos deportivos en cauces y lechos de río, sin cautelar correctamente el libre escurrir de las aguas y prever eventuales perjuicios a la comunidad. Véase sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 8.553-2011, de 2 de enero de 2013.

²⁰¹⁶ En el Mensaje Presidencial N° 283-325, de 2 de diciembre de 1992, que dio inicio a la tramitación de esta ley, se señalaba que: “*En lo referente a los cauces naturales hoy sin protección alguna, se proponen normas que responsabilizan a la Dirección General de Aguas de su defensa frente a las acciones depredadoras que sobre ellos ejercen terceros sin autorización de ninguna especie, y se centraliza en dicho Servicio la autorización para la extracción de áridos y la función de delimitación de los cauces*”. En el artículo 129 E se indicaban las competencias de la DGA en relación con la extracción de áridos, coordinándola con las atribuciones de las municipalidades: “*Artículo 129 E. La aprobación de zonas habilitadas y las condiciones para la extracción de áridos desde cauces naturales, corresponderá a la Dirección General de Aguas. Las Municipalidades otorgarán los permisos para la instalación y desarrollo de faenas de extracción dentro de sus territorios jurisdiccionales*”.

El paso determinante tuvo lugar el año 2009, a través de la Ley N° 20.304, en lo que dice relación con modificación de los cauces naturales y artificiales. En efecto, producto de una indicación parlamentaria, se sostuvo que en muchas ocasiones se realizaban construcciones de obras públicas, urbanizaciones y edificaciones sin el conocimiento de la DGA y sin considerar lo dispuesto en el inciso 41 del Código de Aguas, situación que podía ocasionar serios daños a la vida, a la salud y a los bienes de las personas. Por tal razón, se dispuso que estas obras debían ser aprobadas por dicha entidad.²⁰¹⁷

Luego, la Ley N° 21.064, de 2018 consolida esta atribución y extiende las competencias de autorización de la DGA a cualquier tipo de construcción que se realice en los cauces, desplazando totalmente a las municipalidades.²⁰¹⁸ De esta forma, toda persona pública o privada –incluyendo a las municipalidades– que pretenda realizar construcciones o emplazar infraestructura en los cauces de las corrientes de uso público, requiere de la autorización de la DGA. A su vez, queda claramente establecido que solo dicha entidad puede autorizar la modificación de los cauces, así como cualquier ocupación que se debe realizar en toda la extensión del cauce, incluyendo sus riberas, junto con entregarle potestades para ordenar la paralización de obras no autorizadas y de aplicar sanciones.

Más aún, respecto de la extracción de áridos –materia que tradicionalmente ha estado bajo la competencia de las municipalidades–, la Ley N° 21.064 refuerza las competencias de fiscalización de la DGA, ya que puede recibir denuncias respecto de las labores de extracción que no cuenten con la autorización competente, para lo cual puede actuar con auxilio de la fuerza pública, es decir, puede adoptar de forma directa medidas para el restablecimiento de la legalidad. Además, la DGA puede denunciar estos hechos ante la Contraloría General de la República cuando dichas extracciones, autorizadas por la municipalidad respectiva, no cuenten con el informe técnico de la Dirección de Obras Hidráulicas, establecido en el literal l) del artículo 14 del DFL N° 850.²⁰¹⁹

En el siguiente cuadro se hace una relación de las modificaciones legales que se han introducido sobre la materia, para que se pueda apreciar como los cauces de ríos, esteros y lagos se encuentran actualmente bajo la administración de la DGA:

²⁰¹⁷ La indicación fue introducida en la Comisión de Obras Públicas de la Cámara de Diputados. Véase Informe de la Comisión de Obras Públicas, Transporte y Telecomunicaciones, de 6 de septiembre de 2017, sesión 84, legislatura 355.

²⁰¹⁸ Informe de la Comisión especial sobre recursos hídricos, desertificación y sequía del Senado, 7 de diciembre, 2016, sesión 77, legislatura 364.

²⁰¹⁹ Artículo 278 N° 6 del Código de Aguas.

Norma	Atribuciones DGA
Artículo 263 letra e) de la Ley N° 16.640, de 1967	<i>La policía y vigilancia de las aguas, e impedir que en los cauces naturales de uso público se hagan o destruyan obras sin la autorización correspondiente.</i>
Artículo 299 letra c) Código de Aguas de 1981	<i>Ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en éstos se haga o destruyan obras sin la autorización correspondiente</i>
Ley N° 20.017, de 2005 - Modifica artículo 299 letra c) Código de Aguas - Nuevo artículo 129 bis 2	<i>Ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en éstos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización previa del servicio o autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación.</i> <i>Ordenar la inmediata paralización de las obras o labores que se ejecuten en los cauces naturales de aguas corrientes o detenidas que no cuenten con la autorización competente y que pudieran ocasionar perjuicios a terceros, para lo cual podrá requerir el auxilio de la fuerza pública en los términos establecidos en el artículo 138 de este Código, previa autorización del juez de letras competente en el lugar en que se realicen dichas obras.</i>
Ley 20.304, de 2008, que modifica el artículo 41 del Código de Aguas	<i>El proyecto y construcción de las modificaciones que fueren necesarias realizar en cauces naturales o artificiales, con motivo de la construcción de obras, urbanizaciones y edificaciones que puedan causar daño a la vida, salud o bienes de la población o que de alguna manera alteren el régimen de escurrimiento de las aguas, serán de responsabilidad del interesado y deberán ser aprobadas previamente por la Dirección General de Aguas de conformidad con el procedimiento establecido en el párrafo 1 del Título I del Libro Segundo del Código de Aguas. La Dirección General de Aguas determinará mediante resolución fundada cuáles son las obras y características que se encuentran en la situación anterior.</i>
Ley N° 21.064, de 2018 - Modifica el artículo 41 del Código de Aguas - Modifica el artículo 278 N° 6 del Código de Aguas	<i>El proyecto y construcción de las modificaciones que fueren necesarias realizar en cauces naturales o artificiales que puedan causar daño a la vida, salud o bienes de la población o que de alguna manera alteren el régimen de escurrimiento de las aguas, serán de responsabilidad del interesado y deberán ser aprobadas previamente por la Dirección General de Aguas de conformidad con el procedimiento establecido en el párrafo 1 del Título I del Libro Segundo del Código de Aguas. La Dirección General de Aguas determinará mediante resolución fundada cuáles son las obras y características que se encuentran o no en la situación anterior.</i> <i>Se entenderá por modificaciones no sólo el cambio de trazado de los cauces, su forma o dimensiones, sino también la alteración o sustitución de cualquiera de sus obras de arte y la construcción de nuevas obras, como abovedamientos, pasos sobre o bajo nivel o cualesquiera otras de sustitución o complemento.</i> <i>Denunciar ante la Dirección General de Aguas las labores de extracción de áridos que no cuenten con la autorización competente, la que podrá actuar con auxilio de la fuerza pública de conformidad a lo dispuesto en el artículo 138 en caso de ordenar su paralización. Podrá, a su vez, denunciar estos hechos ante la Contraloría General de la República cuando dichas extracciones, autorizadas por la municipalidad respectiva, no cuenten con el informe técnico de la Dirección de Obras Hidráulicas, establecido en el literal l) del artículo 14 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas. En los procesos a que den lugar estas denuncias, el repartidor de agua o el juez de río tendrán la representación de la junta, sin perjuicio de la comparecencia y actuación de ésta;</i>

Ahora bien, como se ha señalado, cuando se habla de la administración o competencia que se asigna a un órgano o servicio respecto de determinados bienes públicos, estamos ante una cláusula general de competencia o intervención que se debe precisar a través de potestades o atribuciones concretas, que el propio ordenamiento determina en cada caso en particular, conforme a las exigencias que establece nuestra Carta fundamental en su artículo 7º inciso 2º. A su vez, las potestades de administración son variables en su contenido, pues dependerá de la forma en que el legislador las haya configurado en el caso en concreto, como se aprecia claramente respecto de los cauces de los ríos, lagos y esteros. Además, en algunos casos no se indica de forma expresa que a determinada entidad pública le corresponde la competencia genérica o de administración de un determinado bien público, pero del conjunto expreso de potestades que el ordenamiento le atribuye se llega a dicha conclusión, esto es, que dentro de su ámbito de competencia le corresponde la administración de un bien público, conforme a las potestades que le atribuye la ley.

Conforme a lo anterior, los cambios legislativos que han tenido lugar desde el año 2005 han significado un reforzamiento de las potestades de la DGA sobre los cauces de uso público, lo que permite sostener que atendida su naturaleza y fines, nuestro ordenamiento le ha entregado la administración de este bien nacional de uso público a dicha entidad, a tal punto, que las municipalidades no pueden intervenir en los cauces, colocar instalaciones o construir obras si no cuentan con la autorización que debe entregar dicho servicio conforme con lo dispuesto en los artículos 41, 171 y 299 letra c) del Código de Aguas.

Refuerza lo anterior el hecho que los cambios legislativos han dado lugar a un conjunto de potestades públicas que son las más relevantes en la gestión y administración de un bien público, como sucede con los cauces naturales, centralizadas en el Ministerio de Obras Públicas y, particularmente, en la DGA, como se da cuenta a continuación:

- a) *La regulación del uso y aprovechamiento*, ya que corresponde a la DGOP del Ministerio de Obras Públicas, conforme artículo 14 letra l del DFL N° 850, mediante normas a la cual se deben someter incluso las municipalidades al momento de otorgar usos privativos para la extracción de áridos;
- b) *La potestad de conservación*, que implica la adopción de oficio por parte de los órganos administrativos de medidas que permitan el resguardo y el uso público del bien. En algunos pronunciamientos, la Excm. Corte Suprema ya había dado cuenta que las municipalidades no tenían una potestad directa para adoptar medidas de conservación respecto del cauce de un río, como es el retiro de cercos o portones, así que trató de fundarlas en un deber de colaboración con la DGA o en su competencia general para administrar bienes nacionales de uso público.²⁰²⁰ Sin

²⁰²⁰ Así, en relación con la construcción de un cerco y portón en el cauce del río Maule, la I. Corte de Apelaciones de Talca acogió un recurso de protección estableciendo que a

embargo, luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.064, de 2018, ha quedado establecido claramente que estas facultades están radicadas en la DGA, incluso respecto de la extracción de áridos autorizadas por las municipalidades, como dan cuenta las siguientes disposiciones:

- Corresponde a la DGA impedir que en los cauces naturales se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización previa del servicio o autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación (artículo 299 letra c del Código de Aguas);
- La DGA está facultada para ordenar la inmediata paralización de las obras o labores que se ejecuten en los cauces naturales de aguas corrientes o detenidas que no cuenten con la autorización competente y que pudieran ocasionar perjuicios a terceros, para lo cual podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, previa autorización judicial (artículo 129 bis 2);
- Corresponde a la DGA conocer las denuncias por las labores de extracción de áridos que no cuenten con la autorización competente, la que podrá actuar con auxilio de la fuerza pública, pudiendo ordenar su paralización. Además, puede denunciar estos hechos ante la Contraloría General de la República cuando dichas extracciones, autorizadas por la municipalidad respectiva, no cuenten con el in-

la municipalidad no le corresponde determinar si dichas instalaciones estaban dentro del cauce, ni menos ordenar el retiro inmediato de ellos (Sentencia Rol N° 1.172-2012, de 27 de junio de 2013). Por su parte, la Excm. Corte Suprema revocó la sentencia, señalando que en este caso la municipalidad habría actuado como un órgano colaborador de la DGA: *“...la actuación que los recurrentes califican como ilegal o arbitraria no es tal, pues se enmarca dentro de las exigencias de eficiencia, eficacia y coordinación que debe existir entre los distintos órganos de la Administración del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley General de Bases de la Administración del Estado, tal como acontece, por ejemplo, con el inciso tercero de la letra k) del artículo 5 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades que autoriza a éstas, dentro de sus límites comunales, para colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente y, en tal sentido, la municipalidad recurrida actuó como consecuencia de la fiscalización que el organismo respectivo –la Dirección Regional de Aguas– realizó en el lugar, circunstancia que también permite descartar que aquella haya procedido por mero capricho, por lo que esta acción cautelar no es la vía idónea para discutir la naturaleza jurídica del terreno donde se emplazan el cerco y el portón aludidos”* (SCS de 29 de octubre de 2013, Rol N° 5.755-2013). Sin embargo, en otros pronunciamientos les ha reconocido una potestad directa a las municipalidades basada en la competencia general que le otorga el artículo 5 letra c) de la Ley N° 18.695 y a pesar de las atribuciones expresas que sobre la materia tenía la DGA. Así, en la sentencia Rol N° 38.911, de 1 de agosto de 2018, se señala que *“...el artículo 32 del Código de Aguas, establece que sólo se podrá hacer obras o labores en los álveos si expresamente lo permite la autoridad competente. De lo expuesto, se colige y refuerza la circunstancia de que el levantamiento del cierre del cauce dispuesto por la entidad edilicia, es plenamente válido, tanto más si su instalación impide el ingreso de las personas al Estero La Dormida, el que constituye un bien nacional de uso público, cuya administración recae precisamente en la reclamada, acorde con lo dispuesto en el artículo 5 letra c) de la Ley N° 18.695”*.

forme técnico de la Dirección de Obras Hidráulicas, establecido en el literal l) del artículo 14 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas (artículo 278 N° 6).

- Por último, mediante resolución fundada, la DGA puede ordenar la paralización de obras en caso de acreditarse fehacientemente la extracción de aguas en un punto no reconocido o constituido de conformidad a la ley. Asimismo, puede ordenar el cegamiento de un pozo una vez que la resolución se encuentre ejecutoriada (artículo 299 ter).
- c) *La potestad sancionadora*, como consecuencia del uso ilegal o indebido de los bienes públicos, competencia que también se entrega a la DGA, conforme a lo dispuesto en los artículos 173, 173 bis, 173 ter y 173 quater;
- d) *La potestad para entregar el uso privativo del bien*, que en este caso se traduce en un acto de autorización que debe otorgar la DGA, conforme a los artículos 41 y 171 del Código de Aguas.

Si bien la Contraloría en los dictámenes emitidos entre los años 2009-2020 tiende a mantener su interpretación original, nada señala respecto de los alcances de las modificaciones introducidas por las Leyes N°s 20.017, de 2005; 20.304, de 2009 y, especialmente, 21.064, de 2018, que han reforzado las competencias de fiscalización y sanciones de la DGA.²⁰²¹ A su vez, la Excm. Corte Suprema ha emitido algunos pronunciamientos que trata de sustentar las facultades de las municipalidades en las atribuciones generales para administrar los bienes nacionales de uso público,²⁰²² aunque tampoco se ha hecho cargo del alcance que han tenido estas modificaciones legales.

IX. LOS BIENES PATRIMONIALES DE LA ADMINISTRACIÓN

§ 1. Concepto, clasificación y régimen jurídico

Los bienes patrimoniales de la Administración comprenden todos aquellos que pertenecen a los órganos y servicios públicos en calidad de propietarios.

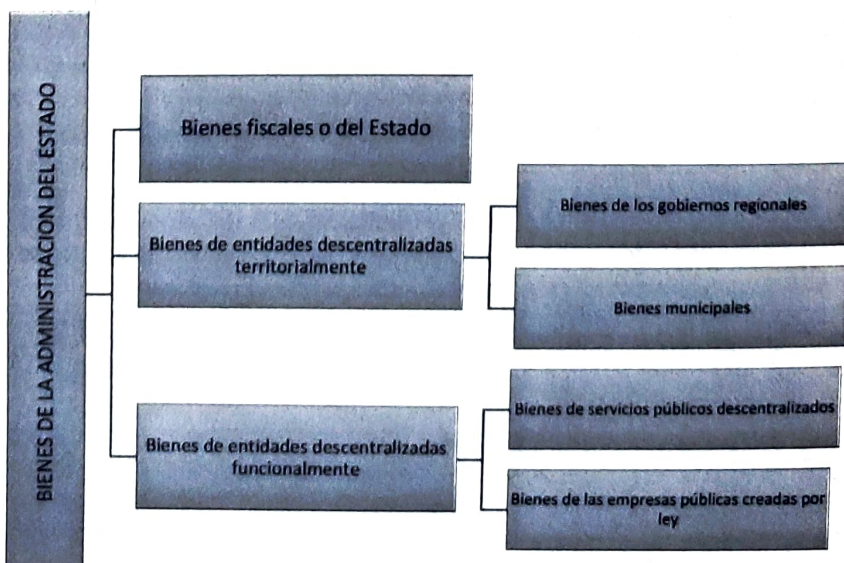
²⁰²¹ Véase dictámenes N°s 928 y 68.075, ambos de 2009; 11.674, de 2010; 41.690 y 47.398, ambos del 2012; 3.811 y 81.889, de 2013; 35.044 y 55.520, de 2014; 26.522 y 40.185, ambos de 2017.

²⁰²² Así, se ha señalado que la municipalidad actúa como un órgano colaborador de la DGA (Sentencia Rol N° 5.755-2013, de 29 de octubre de 2013) o que estas competencias emanan de la atribución esencial que le entrega el artículo 5 letra c) de la Ley N° 18.695 (Sentencias Roles N°s 38.911, de 1 de agosto de 2018, considerando 13°, y 42.617-2017, de 18 de marzo de 2019, considerando 6°).

Es decir, que integran el patrimonio de una entidad que tiene personalidad jurídica propia. En nuestra legislación el Código Civil sólo consideraba en esta condición a los bienes del Estado o fiscales (artículo 589). Sin embargo, en la medida que se fueron creando entidades con personalidad jurídica propia separadas del Estado, como sucedió, en primer lugar, con las municipalidades y, posteriormente, con un número creciente de servicios públicos descentralizados, se tuvo que reconocer la existencia de un conjunto de bienes que no son de titularidad fiscal (*v. gr.* los bienes municipales) y que integran el patrimonio de este tipo entidades en calidad de propietario.

En general, esto comprende a un conjunto de bienes muebles e inmuebles que son necesarios para el cumplimiento de sus funciones y que, en razón de su titular, se clasifican de la siguiente manera:

- a) *Bienes fiscales o del Estado*, que son una especie de bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, por lo que son de titularidad patrimonial del Estado o Fisco, como sucede con los inmuebles destinados a un ministerio, subsecretaría, Seremi o una delegación presidencial.
- b) *Bienes de entidades descentralizadas*, es decir, que pertenecen a entidades que forman parte de la Administración del Estado, pero que tienen una personalidad jurídica y un patrimonio distintos del Estado o Fisco. Estos se dividen a su vez en dos categorías:
 - i. *Bienes de entidades descentralizadas territorialmente*, las que comprenden a los bienes de los gobiernos regionales y los bienes municipales.
 - ii. *Bienes de entidades descentralizadas funcionalmente*, que comprende a los servicios públicos descentralizados y al de las empresas públicas creadas por ley.



En relación con su régimen jurídico, estos bienes están sometidos a las normas de la propiedad civil, por lo que su adquisición, administración y disposición se rigen, por regla general, por las normas del Derecho común, sin perjuicio de las normas especiales que establezcan las leyes para cada bien en particular. Por tal razón, se trata de bienes que están en el comercio, que puede ser objeto de transferencia o gravamen, que se pueden embargar y ser adquiridos por terceros poseedores, salvo las excepciones establecidas por ley.

§ 2. Los bienes fiscales o del Estado

2.1. Concepto y régimen jurídico

Como se ha indicado, los bienes del Estado o fiscales son aquellos que forman parte del patrimonio del Estado y, por tanto, su uso no se pertenece generalmente a todos los habitantes de la nación. Estos bienes están sujetos a un estatuto particular en su adquisición, administración y disposición, aunque en lo no previsto por estas disposiciones su régimen será el previsto por las normas del Derecho común.

Su régimen jurídico se encuentra en las siguientes disposiciones:

- a) El Decreto Ley N° 1.939, de 1977, sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado (DL N° 1.939), y
- b) De forma supletoria, por el Código Civil, especialmente el artículo 589 que los define, sin perjuicio de las normas de Derecho común que regulan su adquisición, administración y disposición.

2.2. Adquisición de los bienes fiscales

Los bienes fiscales se pueden adquirir mediante actos sujetos a normas de Derecho público o privado. A su vez, en este último caso pueden ser a título gratuito u oneroso.

a) Conforme al Derecho público: dominio residual del Estado y la expropiación

Conforme al Derecho público, el Estado puede adquirir bienes por el solo ministerio de la ley o por expropiación.

En primer término, el artículo 590 del Código Civil dispone que: “*Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño*”. Esto significa que los bienes inmuebles situados dentro del territorio de la República siempre tendrán como dueño al Estado, a falta de otro titular. Por tal razón, estos bienes deben ser inscritos a nombre del Fisco de Chile en el respectivo registro del Conservador de Bienes Raíces (artículo 11 del DL N° 1.939).

En segundo lugar, el Estado puede adquirir *bienes por expropiación*, conforme se regula en el artículo 41 del DL N° 1.939, debiendo ser complementado por el Decreto Ley N° 2.186, que aprueba la Ley orgánica de procedimiento de expropiaciones, sin perjuicio de las diversas normas especiales que habilitan a diversas entidades centralizadas para expropiación, como sucede con el Ministerio de Bienes Nacionales y el Ministerio de Obras Públicas.

b) Conforme al Derecho privado

Conforme al Derecho privado, el Estado puede adquirir bienes a título gratuito u oneroso.

i. Adquisición a título gratuito: herencias y donaciones

El Estado puede ser asignatario en una sucesión, ya sea por una herencia testada o en virtud de un legado. Sin embargo, la figura más relevante se produce en los casos de herencias abintestato. En efecto, conforme al artículo 995 del Código Civil, a falta de todos los herederos abintestato, sucederá el Fisco en el último orden de sucesión. Para tal efecto, se deberá tramitar la correspondiente posesión efectiva (artículo 43 del DL N° 1.939). Sin embargo, es posible que terceros pongan en conocimiento al Ministerio de Bienes Nacionales de la existencia de derechos hereditarios que le correspondan al Fisco, así como de cualquier clase de bienes que, perteneciéndole, no tuviere de ellos conocimiento, o que se encontraren indebidamente en poder de terceros. En este caso, el denunciante que cumpliera los requisitos tendrá derecho a un galardón equivalente al 30% del valor líquido de los bienes respectivos (artículo 42 del DL N° 1.939).

A su vez, el Estado también puede ser objeto de donaciones. La regla general, es que las donaciones que se hagan al Fisco deberán ser puras y simples. Podrán, sin embargo, aceptarse en determinados casos donaciones modales, siempre que la modalidad consista en aplicar el bien a la satisfacción de una necesidad pública determinada (artículo 38 del DL N° 1.939).

ii. *Adquisición a título oneroso: compraventa y permuta*

La compraventa de los bienes fiscales se realiza conforme a las normas civiles y las disposiciones especiales contenidas en el DL N° 1.939 (artículos 29 a 34). Como se trata de un contrato, resultan aplicables las normas administrativas generales sobre la materia, las cuales establecen que, por regla general, estos bienes se deben adquirir por licitación o propuesta pública y, en casos calificados y por resolución fundada, mediante licitación privada o trato directo (artículo 9 de la LOBGAE). A su vez, si se trata de bienes muebles, resultan aplicables las normas sobre contratos de suministros y prestación de servicios, contenidas en la LBCP y su reglamento.

Las mismas reglas se aplican a la permuta, la que también queda sujeta a las normas contenidas en el Código Civil en lo no previsto por el DL N° 1.939.

2.3. Administración de los bienes fiscales

También en el caso de la administración, los bienes fiscales pueden ser objeto de actos de Derecho público y privado.

a) *Conforme al Derecho público: destinaciones y concesiones de uso*

La *destinación* es un acto formal, a través del cual el Ministerio de Bienes Nacionales asigna, uno o más bienes del Estado a la institución que los solicita, con el objeto de que los emplee en el cumplimiento de sus fines propios. En este caso, solo tienen lugar respecto de entidades que actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco, como sucede con la Administración centralizada, el Poder Judicial, los servicios dependientes del Congreso Nacional y la Contraloría General de la República (artículo 56 del DL N° 1.939).

También el Ministerio puede otorgar *concesiones de uso* sobre bienes fiscales, respecto de entidades o servicios descentralizados, como las municipalidades o empresas públicas, así como a personas jurídicas de nacionalidad chilena (artículo 57 del DL N° 1.939).

Al tratarse de un contrato administrativo, la adjudicación debe realizarse por licitación pública y, excepcionalmente, por licitación privada o trato directo (artículos 58 del DL N° 1.939 y 9 de la LOBGAE). El contrato de concesión debe suscribirse por escritura pública, la que debe inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces del lugar en que se hallare ubicado el inmueble, como también anotarse al margen de la inscripción de dominio del respectivo predio (artículo 59 del DL N° 1.939).

Por último, las concesiones se otorgarán a título oneroso, pero en casos excepcionales y por razones fundadas se podrán otorgar concesiones a título gratuito en favor de las municipalidades, servicios municipales, u organismos estatales que tengan patrimonio distinto del Fisco o en que el Estado tenga aportes de capital, participación o representación, y personas jurídicas de Derecho público o privado, siempre que estas últimas no persigan fines de lucro (artículo 61 del DL N° 1.939).

b) Conforme al Derecho privado: arrendamientos

Los bienes fiscales también pueden ser objeto de arrendamiento, quedando sujeto al procedimiento, formas y condiciones establecidos por la ley (artículos 66 a 82 del DL N° 1.939).

2.4. Disposición de los bienes fiscales

Los bienes del Estado solo podrán enajenarse a título oneroso. Excepcionalmente podrán transferirse a título gratuito, siempre que se cumplan determinados requisitos (artículo 83 del DL N° 1.939). Para tal efecto, el precio de venta de los bienes fiscales no podrá ser inferior a su valor comercial, que será fijado por una Comisión Especial de Enajenaciones, previa tasación que deberá practicar el Ministerio (artículo 85).

Por su parte, las transferencias gratuitas solo pueden tener lugar por motivos fundados y el beneficiario no podrá enajenarlos antes de cinco años contados desde la respectiva inscripción, salvo autorización del Ministerio (artículo 87). A su vez, los particulares que adquieran a título gratuito inmuebles fiscales quedarán obligados a ceder gratuitamente al Fisco los terrenos necesarios para caminos, ferrocarriles, telégrafos y obras públicas en general, que la autoridad competente determine. Esta obligación subsistirá durante el lapso de 5 años, contados desde la inscripción de dominio (artículo 95).

A su vez, también el Ministerio de Bienes Nacionales ha entendido que el Fisco, en su calidad de propietario de estos bienes, puede constituir servidumbre que los grave, de acuerdo a lo establecido en los artículos 820 y siguientes de Código Civil.

Esta materia está regulada en la Orden Ministerial N° 1, de 09 de septiembre de 2016, que *"Imparte instrucciones con relación a criterios y procedimientos para constituir servidumbres sobre propiedad fiscal administrada por el Ministerio de Bienes Nacionales"*, señalando que en el DL N° 1.939 *"... no existe norma expresa sobre la constitución de servidumbres en los inmuebles fiscales o en beneficio de ellos,*

razón por la cual en esta materia el Fisco se rige por las normas del derecho común, y por el uso de sus facultades discrecionales que ejerce al revisar el mérito de cada caso en particular". Luego se señala que: "Así las cosas, las servidumbres se rigen por los artículos 820 y siguientes del Código Civil y por normas especiales, según el tipo de servidumbre de que se trate. A lo anterior cabe agregar el hecho que los bienes del Estado o fiscales se encuentran sujetos asimismo al estatuto de los bienes privados o legislación común aplicable a los particulares (Derecho Civil), sometiéndose al régimen registral del Conservador de Bienes Raíces, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 590 del Código Civil". De esta forma, concluye que: "... el Fisco, al actuar en su calidad de propietario, puede ejercer todas las facultades inherentes al derecho de dominio, pudiendo en consecuencia establecer los derechos reales que considere pertinentes" (consideraciones 3, 4 y 5).

§ 3. La inembargabilidad de los bienes fiscales

No existe norma expresa que establezca que los bienes fiscales son inembargables; sin embargo, aquello se deduce a partir de lo establecido en el artículo 752 del Código de Procedimiento Civil, al establecer un procedimiento especial para la ejecución de las sentencias condenatorias en contra del Fisco. En la medida que no se considera como medida de apremio al embargo en la etapa de ejecución de la sentencia, se concluye que los bienes fiscales serían inembargables.

Sin embargo, debemos tener presente que este régimen especial se establece en el marco de juicio de hacienda, que es un procedimiento declarativo. Nada se dice en el caso de los procedimientos ejecutivos, en donde no resultan aplicables las normas previstas en los artículos 748 a 752 del Código de Procedimiento Civil, a pesar de que la jurisprudencia tiende a sostener lo contrario.

En tal sentido, la Corte Suprema ha señalado que es posible deducir una demanda ejecutiva en contra del Fisco de Chile, en la que este puede oponer sus excepciones, y en su oportunidad, se va a dictar una sentencia definitiva, y cumplidas las exigencias de rigor, de ser adversa la decisión a los intereses fiscales, se cumplirá el fallo. Luego indica que: *"... si a resultas de la ejecución posterior al Fisco se le condena al pago de cualquier prestación, ello deberá necesariamente cumplirse en la forma especial dispuesta en el artículo 752 del Código de Procedimiento Civil"* (SCS Rol N° 7.474-2013, considerando 9°). En definitiva, se debe entender que no procede el embargo para ejecutar una sentencia en contra del Fisco de Chile. Así, por lo demás, se pronuncia la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, que ha sostenido que si bien se puede deducir demanda ejecutiva en contra del Fisco de Chile: *"... en la que éste puede oponer sus excepciones, y en su oportunidad, se va a dictar una sentencia definitiva, y cumplidas las exigencias de rigor, de ser adversa la decisión a los intereses fiscales, se cumplirá el fallo, mediante el procedimiento*

que se detalla en el artículo 752 del Código de Procedimiento Civil, —también, ya transcrito—, no es menos cierto que, en el juicio ejecutivo no se puede ordenar, expedir o despachar el mandamiento de ejecución y embargo, toda vez que los bienes y recursos fiscales son inembargables como lo establece el artículo 445 N° 17 del mismo texto legal, en referencia. Ello en concordancia, en especial, al artículo 25 de la Ley N° 18.575, y que hacen evidente, que los bienes y recursos fiscales están destinados a satisfacer necesidades públicas o colectivas, que no pueden ser desatendidas, ni quedar supeditadas a las vicisitudes de una ejecución forzada” (Sentencia Rol N° 315-2016, considerando 6°).