

PROPUESTA DE TEXTO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE BIENES PÚBLICOS

BIENES PÚBLICOS Y BIENES NATURALES COMUNES

P R O G R A M A

CHILE SUSTENTABLE

Propuesta Ciudadana para el Cambio

BIENES PÚBLICOS Y BIENES NATURALES COMUNES ¹

INTRODUCCIÓN

Chile por primera vez en su historia está elaborando una nueva Constitución mediante una Convención Constitucional democráticamente electa, con paridad de género y escaños reservados para representantes de los pueblos indígenas. El proceso y su reglamento, además, incluye participación ciudadana directa a través de audiencias públicas, iniciativa popular constitucional, procesos plebiscitarios y comisiones que incluyen las prioridades y demandas expresadas por décadas por las organizaciones ciudadanas.

Con el objetivo de contribuir al proceso constituyente, **la Fundación Chile Sustentable** ha realizado fichas constitucionales sobre agua, energía, minería, bienes públicos y bienes naturales comunes, las cuales contienen una propuesta de texto constitucional, su fundamentación en el Derecho Internacional vigente en Chile, la jurisprudencia nacional y referencias a textos constitucionales de otros países sobre la materia.

El tema del patrimonio ambiental del territorio nacional, su degradación y propietarización, representa un tremendo desafío para el proceso constituyente, dada la urgencia de definir apropiadamente un estatuto y un régimen público para los bienes naturales comunes, que supere las limitaciones vigentes interpuestas en la Constitución de 1980 y permita renovar las concepciones sobre los bienes públicos incluidas en nuestro Código Civil ya hace 165 años.

Dada la complejidad y los debates teóricos en torno a los conceptos de bienes públicos comunes y bienes comunes, es esencial establecer una nueva definición, como asimismo incluir un mandato al legislador para que establezca su régimen jurídico para que la propuesta sea viable, consistente y considere todas las cuestiones que se asocian a este debate. Un régimen jurídico cierto sobre bienes comunes en Chile es fundamental e imprescindible para concretar su reconocimiento y protección y permitiría evitar lagunas o vacíos en la definición de su régimen jurídico.

El presente texto contiene una propuesta constitucional sobre la materia y entrega antecedentes teóricos, conceptuales, políticos y legales sobre el estado de la discusión y regulación del régimen jurídico de los bienes comunes y bienes públicos; presenta antecedentes sobre la legislación nacional vigente y también jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el tema. Finalmente aporta información sobre la referencia a los bienes públicos en las constituciones de otras naciones.

¹ El presente texto ha sido elaborado por la abogada y Doctora en Derecho Liliana Galdámez Zelada de la Universidad de Chile; editado por Sara Larraín de Chile Sustentable y la diagramación, revisión ortográfica y gramatical estuvo a cargo de Misle Sepúlveda P.

1- Propuesta de Texto Constitucional sobre los Bienes Naturales Comunes

En el ámbito del patrimonio ambiental de Chile proponemos el siguiente texto para definir el estatus público de los bienes naturales comunes existentes en el territorio nacional:

“El patrimonio ambiental de Chile, la biodiversidad, el agua en todos sus estados, los glaciares, las cuencas hidrográficas, los ríos, lagos, humedales y salares, el borde costero, el mar territorial y los que determine el legislador son bienes naturales comunes. El Estado y sus pueblos velarán por su conservación, protección, subsistencia y restauración considerando la protección de los intereses de las presentes y futuras generaciones y la solidaridad intergeneracional. Los bienes naturales comunes, se inspiran en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad, solidaridad intergeneracional, inembargabilidad y desafectación. El legislador regulará en una ley especial su régimen jurídico en armonía con los principios que establece la Constitución.

Asimismo, son bienes comunes la cultura, los sistemas de salud, la educación, el conocimiento, las tecnologías, internet, la estabilidad política y económica y otros que determine el legislador.

Es deber del Estado y sus pueblos, asegurar su protección, conservación, restauración, así como garantizar el acceso a todas las personas a los bienes comunes. El Legislador deberá desarrollar las acciones necesarias para la consecución de estos fines.

La sociedad y las personas deberán conservar y proteger los bienes comunes, también restaurarlos cuando por su acción u omisión estos bienes se vean afectados”

2-Bienes públicos y bienes comunes: antecedentes, discusiones y definiciones

Sobre la definición de los bienes en nuestra tradición jurídica, según José Luis Gordillo, “Una de las herencias que la cultura jurídico-política moderna ha recibido del viejo derecho romano es su clasificación en cosas ... apropiables y no apropiables por los particulares”²; y afirma que, para los romanos, las cosas comunes no planteaban problemas, por eso no existe un estatuto jurídico consistente para estos bienes. Sin embargo, en pleno siglo XXI, ante la evidencia de la crisis climática y ecológica y en el contexto de los urgentes desafíos de resolver la inequidad estructural y las limitaciones de los Estados para garantizar los derechos humanos y el bienestar, el proceso constituyente nos demanda y exige la reflexión y producción de propuestas robustas para abordar el desafío que implica la protección de los bienes comunes.

² Gordillo José Luis (2006). La protección de los bienes comunes de la humanidad, Trotta, Madrid, p. 11.

La cuestión de qué son los bienes comunes “y la forma en que deben ser administrados ha sido en el pasado, y seguirá siendo en el futuro, no solo objeto de controversias teóricas y jurídicas, sino motivos de conflictos sociales, políticos y militares”³.

El reconocimiento de los bienes comunes constituye uno de los debates recurrentes en el ámbito nacional e internacional. Su relevancia se encuentra en el hecho de que este concepto no se limita al clásico debate sobre su propiedad. Esta noción dice relación con un debate mayor, que contiene elementos formulados y desarrollados desde múltiples disciplinas.

En este sentido, el **Diccionario de la Real Academia de la Lengua los define como: bienes de que se benefician todos los ciudadanos**⁴. Por su parte, organizadores/as de la Conferencia Internacional sobre Bienes Comunes (2010), celebrada en Berlín, señalan que “El encuentro de Ciudadanía y Bienes Comunes, realizado en 2006, marcó un hito en los debates en América Latina. Sirvió para clarificar que la definición de los Bienes Comunes era un posible eje articulador para la construcción de convergencias”⁵. También aportó al impulso y desarrollo de este concepto, el trabajo de Elinor Ostrom⁶ (Nobel de Economía 2009) junto a académicos y equipos de investigación, que llevan años trabajando en esta perspectiva.

En el marco de dicha conferencia, se afirma la pérdida de valor de aquellas propuestas de mayor privatización, menos Estado y desregularización y destacan entre las preguntas y discusiones, a propósito de los bienes comunes, aquellas formuladas por Bárbara Unmüssig: “¿a quién pertenecen? ... ¿A quién pertenecen las reservas de agua en un Estado Federal? ¿A quién pertenecen los sitios abandonados de la ciudad? ¿O la Internet? ¿O la tierra? ¿El agua potable y los abastecimientos de agua? ¿A quién pertenece la biodiversidad? ¿Quién tiene el derecho a beneficiarse del conocimiento y la cultura? ¿Quién toma las decisiones y cómo se define el destino de los espacios públicos? Y, ¿quién tiene el derecho a decidir sobre esos potenciales Bienes Comunes? ¿Quién decide si algo se convierte en un simple bien o en un activo común?”⁷.

Muchos de los debates en torno a los bienes comunes se producen cuando se proponen respuestas a estas interrogantes, porque no es una cuestión pacífica la definición de estos contenidos. Por ello, la pregunta que plantea Unmüssig, es cómo nos organizamos respecto de los bienes comunes, pues se trata de un concepto complejo. A los bienes comunes se les asigna la idea de ser un *paradigma transformador*. “Los bienes comunes cumplen, además, funciones sociales, religiosas, recreativas y culturales. Fortalecen los lazos de cohesión social y la cooperación al interior y entre las comunidades. La privatización individual, por otro lado, quiebra este tipo de lazos y sus consecuencias no han sido sopesadas debidamente en

³ Ibid. P.12.

⁴ RAE.ES. Vid: <https://dle.rae.es/bien#7wzXLP5>

⁵ Conferencia Internacional sobre Bienes Comunes Berlín, 31 de octubre al 2 de noviembre de 2010. Reporte en español, P. 2. Vid: <https://base.socioeco.org/docs/icc.report.es.pdf>

⁶ Ostrom, Elinor (2000). El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva. Fondo de Cultura Económica, México.

⁷ Conferencia Internacional, Ob.cit, p.5.

el momento de promover políticas de ese estilo”⁸. En definitiva, a los bienes comunes se les atribuye un rol articulador en la *nueva narrativa del siglo XXI*.

El concepto de los bienes comunes es complejo, diverso, y en ocasiones su sentido cambia, según la disciplina desde la que son abordados. “Una primera definición de “bienes comunes” remite a caracterizar como tales a aquellos bienes que se producen, se heredan o transmiten en una situación de comunidad. Son bienes que pertenecen y responden al interés de todos y cada uno de los integrantes de una comunidad. Son bienes que redundan en beneficio o perjuicio de todos y de cada uno de estos miembros o ciudadanos por su condición de tal. A pesar de su amplitud, esta definición inicial alcanza a describir algunos rasgos básicos que caracterizan aquello que es “común””⁹.

Asimismo, se afirma que “el carácter común de algunos bienes es parte de duras luchas y negociaciones. Son los grupos de actores, las comunidades, los ciudadanos los que van construyéndolos a lo largo del tiempo”¹⁰.

Considerar el valor simbólico y el potencial socio político de los bienes comunes y las complejidades asociadas a su definición es un asunto fundamental que se debe considerar en la futura Constitución. **La Convención Constitucional podrá optar por seguir abordando lo común desde la noción que introduce el Código Civil, a propósito de los bienes públicos, o bien actualizar dicha definición que ya cumplió 165 años, con las dimensiones, criterios y contenidos del siglo 21 aportados por la ciencia, la política y la cultura para responder a los desafíos que enfrentan hoy la sociedad y la biósfera.**

La primera perspectiva, de los bienes comunes superan el clásico debate sobre la propiedad, es decir, no es un concepto que se asocie estrictamente a la cuestión de la propiedad, como es el caso de los bienes públicos que hacen referencia a la propiedad, “Durante el siglo 19, en el marco del naciente Derecho administrativo, los legisladores y juristas procedieron a crear o a redefinir numerosas instituciones y conceptos, entre otros, el de «bienes públicos», de manera que esta categoría, con el significado que se le otorga en nuestros días, arranca de aquel momento”¹¹.

La noción de bienes comunes se erige como paradigma del siglo 21; es un concepto en evolución y desarrollo, la literatura contemporánea y la doctrina desarrollan su contenido, las que superan las dimensiones estrictamente asociadas a la cuestión de la propiedad, mientras que los bienes públicos son un concepto asociado a las instituciones jurídicas que provienen del derecho romano.

⁸ Ibid. P.10.

⁹ Vercelli, Ariel; Thomas Hernán (2008). Repensando los bienes comunes: análisis sociotécnico sobre la construcción y regulación de los bienes comunes. scientiæ zudia, São Paulo, v. 6, n. 3, p.428.

¹⁰ Ibid, p.439.

¹¹ Serna Vallejo, Margarita (2005). Los bienes públicos: Formación de su régimen jurídico. Anuario de Historia Del Derecho Español Núm. LXXV, Enero.

Desde esta perspectiva, la noción de bienes comunes permite ampliar el contenido dogmático del concepto de bienes públicos y permitiría sumar contenidos y debates contemporáneos en esta materia.

Según Gutiérrez y Mora, “El Foro Internacional sobre la Globalización propone tres tipos de bienes comunes:

- 1) Un primer tipo que contempla el agua, la tierra, el aire, los bosques, las reservas de peces, es decir, aquellos recursos biológicos de los cuales depende la vida de la humanidad.
- 2) Un segundo tipo que incluye la cultura y el conocimiento, que le llaman “creaciones colectivas de nuestra especie”.
- 3) El tercer tipo son los bienes comunes sociales, los cuales señalan los participantes de este foro, son los que garantizan el acceso público a la salud, la educación y la seguridad social”¹².

3-Bienes Públicos, Bienes Comunes y Soberanía popular (lo público)

Según la Biblioteca del Congreso Nacional, la soberanía popular, “constituye el reconocimiento efectivo de que el pueblo, es decir, el conjunto de ciudadanos-electores a través del sufragio universal, tiene la capacidad y el poder de elegir el tipo de gobierno que estime conveniente con total independencia y libertad, con pleno respeto a los derechos fundamentales. El pueblo es la fuente donde nace y se origina el poder del Estado, quien, a través de mecanismos y canales de participación, lo delega en autoridades o gobiernos. Ninguna persona o grupo tiene el derecho de imponer, sin el consentimiento democrático, una determinada forma de organización política”.

Al respecto, afirma el profesor Lautaro Ríos que, según Díaz Ricci, **“Desde una perspectiva política la Supremacía de la Constitución se encuentra solidariamente unida al Principio Democrático. En efecto, la superioridad de la Constitución se alimenta de su fundamento democrático: la soberanía popular.** El pueblo es el sujeto a quien, en un Estado Democrático, se reconoce legitimación política para estructurar al estado, en consecuencia, establecer la Constitución y atribuirle carácter de ley suprema. Si el Pueblo es el titular de la Soberanía - a través de los diversos medios de expresión- es a éste a quien pertenece el Poder Constituyente, es decir, el poder de organizar políticamente la sociedad y expresar esta decisión a través de un estatuto normativo al que deben someterse todas las instituciones y miembros, y, además, sólo podrá ser modificada o alterada por este mismo ‘sujeto’”¹³.

¹² Gutiérrez Espeleta, Ana Lucía; Mora Moraga, Flavio EL GRITO DE LOS BIENES COMUNES: ¿QUÉ SON? Y ¿QUÉ NOS APORTAN? Revista de Ciencias Sociales (Cr), vol. I-II, núm. 131-132, 2011, pp. 127-145 Universidad de Costa Rica San José, Costa Rica, p.129.

¹³ Ríos Álvarez, Lautaro. (2017). LA SOBERANÍA, EL PODER CONSTITUYENTE Y UNA NUEVA CONSTITUCIÓN PARA CHILE. *Estudios constitucionales*, 15(2), 167-202. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000200167>

En la Real Academia Española (RAE), se define a la soberanía como “Poder político supremo que corresponde a un Estado independiente”. **Es la soberanía popular entonces la que faculta al pueblo para definir el estatuto jurídico de los bienes comunes. Por esta razón es atribución de la Convención Constitucional definir esta importante materia.**

4- Deberes del Estado y de las personas respecto de los Bienes Comunes.

Dada la naturaleza de los bienes comunes, es fundamental establecer deberes reforzados de protección que son de responsabilidad del Estado y de las personas en su conjunto. Estos deberes reforzados implican tanto obligaciones de hacer como de no hacer. **De hacer, implica para el Estado generar condiciones adecuadas para su protección, conservación y restauración cuando eso es necesario. Respecto las personas, estas obligaciones se concretan en su deber de asegurar que el uso y disfrute de los bienes comunes, no comprometa el derecho de las presentes y futuras generaciones a disfrutar de esos bienes comunes.** Estos deberes, en su dimensión negativa implican evitar acciones u omisiones que comprometan la subsistencia de los bienes comunes. Los deberes de restauración aplican tanto al Estado como a las personas que por sus actos u omisiones afecten la subsistencia de los bienes comunes.

5-Derechos de las personas respecto de los Bienes Comunes

En relación con los bienes comunes, la Constitución debe asegurar que todas las personas puedan acceder al beneficio y disfrute de los bienes comunes, asegurando condiciones que permitan su acceso y disfrute sin discriminación. El Estado por su parte debe constituirse en el garante del ejercicio de estos derechos.

6.-Antecedentes de la legislación nacional vigente a considerar

En cuanto a los bienes comunes, es importante señalar que **en Chile no existe un claro régimen jurídico de estos bienes, no se trata de una noción con tradición y arraigo en la ley, doctrina y jurisprudencia. Donde existe un mayor desarrollo es en el régimen de los bienes públicos,** que como se señaló anteriormente, no son equivalentes a los bienes comunes.

En los siguientes apartados se abordarán algunos conceptos fundamentales en relación con los bienes públicos y los bienes fiscales, nociones fundamentales para delimitar y comprender sus aproximaciones y diferencias respecto los bienes comunes. Enseguida se desarrollarán referencias generales, sin adentrarnos en otras cuestiones específicas como **el régimen de dominio público, el cual “no equivalente a propiedad común, sino a un régimen público, el cual se debe a la constatación de que la satisfacción de ciertas necesidades a través de ciertos bienes no puede lograrse bajo la lógica de la propiedad privada”¹⁴.**

¹⁴ Atria Fernando; Salgado Constanza (2015). La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile. Thomson Reuters, Santiago, p-25.

La cuestión de los bienes públicos en el ordenamiento chileno no es un asunto sencillo. En el derecho nacional aparecen abordados en dos disciplinas del derecho. La Constitucional, propia del derecho público y la Civil, propia del derecho privado.

Desde una perspectiva Constitucional, resulta ser una norma clave, el artículo 19 N° 23 que señala que la Constitución asegura a todas las personas, “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

La larga tradición y aplicación del Código Civil vigente (1856), ha generado una doctrina abundante elaborada desde la perspectiva del derecho privado. La Constitución del 80, posterior al Código Civil, también trata el derecho de propiedad incorporando elementos que han generado un debate respecto a la preeminencia de una norma sobre la otra, e incluso una eventual derogación del Código Civil en aquellos campos que trata la Constitución.

Atria y Salgado afirman, que, **desde la perspectiva del Código Civil, los bienes nacionales son aquellos cuyo dominio “pertenece a la nación toda”, que identifican en esta categoría desde una perspectiva jurídica como el Estado**¹⁵.

En el ordenamiento nacional, el hecho que la **Constitución del 80 no contenga referencias a los bienes comunes** -más allá de la señalada-, **mientras que, en cambio, el Código Civil de 1856 si se refiere a los bienes públicos**, ha generado una doctrina compleja, que ha debido armonizar ambas disciplinas. Al respecto, Atria y Salgado destacan que **“El borrado de lo común y su confinamiento a ciertas “cosas naturalmente comunes” están vinculados a la bipolarización en la doctrina jurídica y en el pensamiento político de lo público y de lo privado, que se prolongará en la economía política con la oposición entre Estado y mercado”**¹⁶.

Afirma Alejandro Vergara Blanco, que esta doble forma de regulación de los bienes públicos ha dado lugar a una doctrina más abundante en el análisis de los bienes públicos desde el derecho privado.¹⁷ Esto implica que al estatuto de los bienes públicos se ha aplicado preferentemente los principios y criterios provenientes del derecho privado. Esto es especialmente importante porque, siguiendo a Vergara, el régimen de los bienes públicos es un asunto eminentemente propio del dominio del derecho público.

Según el Artículo 589 del Código Civil: Se llaman **bienes nacionales** aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.

¹⁵ Ibid, p-18.

¹⁶ Laval Christian Dardot, Pierre (2015). Común Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI. Gedisa, Barcelona. P.291

¹⁷ Vergara, 1974, p. 305).

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman **bienes nacionales de uso público o bienes públicos**.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman **bienes del Estado o bienes fiscales**.

Asimismo, según el mismo Código “Artículo 595. Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”.

Es importante tener presente la regulación del derecho de propiedad privada en el Código Civil, “en el Artículo 582 del Código Civil: El dominio (que se llama también propiedad”) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”¹⁸. Esta perspectiva absoluta del derecho de propiedad debe ser matizada desde la perspectiva de la Constitución que reconoce la función social de la propiedad en los siguientes términos, **“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental” (artículo 19 No 24)**.

6.1- Los bienes públicos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Artículo 19. N° 23 de la Constitución señala, que la Constitución asegura a todas las personas “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución”.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, señalando, “El artículo 19, N° 23, CPR consagra la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes. Se trata de una novedad en nuestro sistema, pues las Constituciones de 1925 y de 1833 no la consagraban, puesto que siempre se había protegido el derecho de propiedad adquirido, pero no el libre acceso a la propiedad. En efecto, el artículo 19, N° 24, CPR garantiza el derecho de propiedad, en cambio, el artículo 19, N° 23, CPR establece el derecho a ser propietario, el derecho a adquirir el dominio de bienes para poder incorporarlos al patrimonio privado...” (Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 1298 cc. 35, 36 y 38) (En el mismo sentido, la STC 2912 cc. 19, 20 y 22)¹⁹.

Asimismo, ha dicho el Tribunal Constitucional, respecto a los requisitos para que opere este derecho que “La regulación de este derecho contempla cuatro normas: 1) la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el

¹⁸ Atria y Salgado, Ob. Cit, p.11.

¹⁹ Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional. Vid: <http://e.tribunalconstitucional.cl/resultado/Inciso--546--5514/>

artículo 565 del Código Civil, todas las cosas corporales o incorporales susceptibles de apropiación; **2) se exceptúan de esta libertad de adquisición, lógicamente, aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así, es decir, se excluyen, entre otros, los bienes nacionales de uso público, como las aguas por ejemplo;** 3) sólo en virtud de una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional, se pueden establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes. Esta regla constitucional, dentro del contexto lógico del precepto se refiere a los bienes privados, y 4) todas las disposiciones anteriores son sin perjuicio de otros preceptos de la Constitución. (STC 260 c. 14) (En el mismo sentido, STC 1988 c. 27)²⁰.

Respecto a los bienes nacionales de uso público ha dicho el Tribunal Constitucional: **“Los bienes nacionales de uso público son una excepción. La regla general es que los bienes puedan ser adquiridos por los privados o incluso por los órganos estatales. En este último caso, estamos frente a los bienes de dominio patrimonial del Estado o simplemente bienes fiscales”** (STC 1281 c. 30)²¹.

6.2- Los Bienes Fiscales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Los bienes fiscales según el Tribunal Constitucional: **“Estos forman parte del patrimonio de una persona administrativa** (Fisco, servicios públicos descentralizados, municipios, gobiernos regionales, etc.); se sujetan, en cuanto a su adquisición, administración o disposición, a las reglas del derecho privado, salvo regla expresa en contrario; son bienes que están en el comercio humano; y su uso no pertenece a todos los habitantes, sino al organismo que lo tenga como dueño o en uso previa destinación.

El carácter excepcional del dominio público trae aparejada una importante consecuencia: si bien puede admitirse que, en principio, cualquier tipo de bienes puede integrar el dominio público –inmuebles y muebles, materiales e inmateriales-, **es necesario enseguida corregir dicha afirmación, por cuanto dicho planteamiento tan amplio no es permitido por la Constitución siendo el dominio público un ámbito exento de propiedad privada**, por ello es necesario concluir que el reconocimiento constitucional de esta última es un claro límite al primero. Incluso más, la redacción del Artículo 19, N° 23, que ampara el dominio público como una excepción a la libertad de adquirir toda clase de bienes, es un claro indicio de la preferencia del constituyente por la propiedad privada frente al dominio público. (STC 1281 c. 30)²².

En cuanto los **bienes fiscales**, Atria y Salgado los definen como aquellos que **“no obstante su dominio “pertenecen a la nación toda” su uso no alcanza a todos. Se trata de bienes de propiedad del Estado, pero que no son de dominio público...**Es decir, pese a que los

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional. Vid: <http://e.tribunalconstitucional.cl/resultado/Inciso--546--5514/>

bienes fiscales son parte de los bienes de dominio del Estado junto a los bienes de dominio público, a diferencia de estos últimos, los primeros están sometidos al régimen común del derecho privado...lo que distingue a los bienes fiscales de los bienes privados de dominio de particulares es la calidad del titular, que en el último caso es un privado, mientras en el caso de los bienes fiscales es el Estado”²³.

7.-Derecho Internacional vigente y ratificado por Chile que respalda la propuesta de un régimen de bienes comunes y públicos en la nueva Constitución:

En el derecho internacional, es la Convención de Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, promulgada el 27 de marzo de 1980 en Chile, la que en su Preámbulo se refiere a los bienes comunes en los siguientes términos: *bienes culturales y naturales; conservación de esos bienes únicos e irremplazables de cualquiera que sea el país a que pertenezcan; ciertos bienes del patrimonio cultural y natural presentan un interés excepcional que exige se conserven como elementos del patrimonio mundial de la humanidad entera.*

Entre sus normas la convención establece deberes de conservación (artículo 3); de inventariar (artículo 11); de cooperación (artículo 13); de asistencia internacional (artículo 19). La Convención introduce la idea de la existencia de *bienes del patrimonio cultural o natural de valor universal* (artículo 19).

En este sentido, “Los sitios que son Patrimonio de la Humanidad pertenecen a todos los ciudadanos del mundo, indistintamente del territorio donde estén localizados. Asimismo, ofrecen beneficios globales, por ejemplo, son indudables los beneficios y la riqueza ambiental que representan para la humanidad las selvas del Amazonas. La UNESCO busca proteger estos bienes públicos globales (BPG) por medio de la Convención de Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural”²⁴. La misma lógica sirve de fundamento a los Acuerdos Ambientales Multilaterales, desde la Convención de Washington de 1940, ratificada por Chile en 1967 (que dio origen a nuestros Parques Nacionales, Reservas Nacionales, Monumentos Naturales, etc.), hasta las Convenciones sobre la Biodiversidad y sobre Cambio Climático, entre otras.

Kofi Annan, siguiendo a Amycos, afirma que los bienes públicos globales son “todo bien que brinda beneficios a todas las personas y regiones del planeta, caracterizado por la contribución en la mejora de la calidad de vida y donde ni el uso ni el acceso a él por parte de los demás se restringen. Precisamente, tales externalidades son valiosas para el desarrollo de la agenda post-2015”²⁵. También, agrega que “La naturaleza de lo público alude, entonces, a la capacidad de los Estados para que todos los individuos tengan acceso a los

²³ Atria y Salgado, ob. Cit. P.20.

²⁴ Amycos. Bienes públicos globales. Colección de Fichas Informativas “Me pregunto qué es” • Ficha nº 9 - Los Bienes Públicos Globales.

²⁵ Annan, Kofi. Bienes públicos globales: un propósito natural de la ONU, vid: <https://zero.uexternado.edu.co/bienes-publicos-globales-un-proposito-natural-de-la-onu/>

BPG y se beneficien de su uso, como la tecnología y el internet o nuevos fármacos, entre otros. Por consiguiente, el reto de los Estados, a través de organismos internacionales como la ONU, es fortalecer la cooperación internacional para garantizar la democratización del acceso a los BPG²⁶.

En el ámbito internacional, así como ocurre en el derecho interno, también se usa la noción bienes comunes, que es semejante a la de bienes públicos en un sentido complejo, en la medida que supera el debate de su apropiación por los estados, “el concepto de bienes comunes a nivel internacional es utilizado en distintos contextos y áreas, entre ellas la informática, la cultura, políticas públicas y en particular, en el Derecho ambiental. Esto siempre bajo la premisa que los bienes comunes o *commons* solo funcionan en la medida que la comunidad establezca relaciones con sus recursos generando normas y reglas en torno a su uso común o limitándolo en ciertos aspectos²⁷.

Dicho lo anterior, es importante mencionar también que el concepto de bienes comunes es un concepto en disputa²⁸. En este contexto, en una aproximación preliminar, los bienes comunes, “son una categoría que está en discusión. **Cuando hablamos de bienes comunes, no hablamos de bienes privados -propios de los individuos-, ni hablamos de los bienes públicos -propios del estado-. Los bienes comunes son una tercera modalidad de bienes que presenta, entre otras, algunas características: 1) se usan colectivamente, pudiendo llegar a ser utilizados por todos. Este primer eje remite al acceso: implica un criterio de potencial universalización del bien, de su acceso por parte de la totalidad de los sujetos y actores de la sociedad. 2) no pueden ser gestionados con criterios de racionalidad individual, ni la ganancia establecerse como fin último. 3) no pueden ser propiedad privada. Los bienes comunes no pueden ser propiedad de un solo sujeto, sino que deberían ser de propiedad colectiva o comunitaria²⁹.**

Sobre los bienes comunes, Cecilia Añaños Meza afirma que, “La idea de los bienes comunes ha experimentado en los últimos años un renacimiento gracias a las investigaciones realizadas principalmente en las ciencias económicas, y a su presencia en creaciones intelectuales. Mas su existencia en el sistema internacional sigue siendo exigua y controvertida, sobre todo tratándose de espacios o recursos comunes globales que actualmente parecen someterse a las tendencias globales de privatización y comercialización³⁰. No obstante, en el contexto de la crisis ecológica y la emergencia climática en las últimas décadas se ha abierto un gran

²⁶ Ibid.

²⁷ Cubillos Torres María Constanza. Bienes comunes y protección del Derecho Internacional a sujetos no Humanos, justicia Ambiental, p.110.

²⁸ Programa Internacional sobre Democracia, Sociedad y Nuevas Economías. Universidad de Buenos Aires (UBA), Vid: <https://www.uba.ar/download/extension/BienesComunes.pdf>

²⁹ Ibid.

³⁰ AÑAÑOS MEZA, Cecilia. La idea de los bienes comunes en el sistema internacional: ¿renacimiento o extinción? Anuario Mexicano de Derecho Internacional, [S.l.], jan. 2014. ISSN 2448-7872. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/453>>. Fecha de acceso: 16 nov. 2021 doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2014.14.453>, p. 1

espacio en la discusión sobre los bienes comunes, dado que el funcionamiento y funciones de los ecosistemas de la biosfera superan la noción restringida de la geopolítica que concibe territorios independientes, históricamente fragmentados por las sociedades humanas para el ejercicio de la soberanía los estados Nación.

Actualmente, los acuerdos internacionales sobre limitaciones y reglas comunes para la protección, gestión y regulación de la biodiversidad, la criósfera, independiente de los estados nacionales en donde estos bienes se encuentren, establecen deberes de protección, conservación y restauración; asimismo las limitaciones y condiciones del desarrollo energético, de las políticas forestales, agrícolas, sobre el agua y la infraestructura se configuran para lograr colectivamente reducir las emisiones de CO2 y estabilizar el clima en el contexto del cambio climático. Todos ellos, constituyen de facto modelos de gobernanza de bienes naturales comunes. Adicionalmente, la certeza sobre estas orientaciones y regulaciones no derivan de las posiciones políticas de los estados, están avaladas por la ciencia y la comunidad científica a nivel nacional e internacional.

8.- Bienes Comunes y Bienes Públicos en el constitucionalismo comparado.

Como se ha señalado hasta ahora, si bien actualmente se está desarrollando una importante discusión y producción de conocimiento en torno a los bienes comunes, en el ámbito Constitucional, una revisión desde la perspectiva del derecho comparado, evidencia que la noción: bienes comunes naturales, no tiene un reconocimiento constitucional consolidado. Precisamente por ser una noción emergente, incluso el llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano en los casos de -Ecuador (2008); Bolivia (2009); Venezuela (1999); Colombia (1991)- no ha reconocido ampliamente la noción bienes naturales comunes. Sin embargo, resulta de interés revisar otras nociones, como la de bienes públicos y bienes públicos comunes, que incorporan algunos elementos de interés, aunque no determinan un régimen jurídico específico que, por el contrario, parece asemejarse más a la noción de bienes públicos, que hemos examinado.

Al respecto, es importante destacar la referencia especial que hace la Constitución española de 1978, la cual incorpora en su texto los bienes de dominio público y los comunales, aunque tampoco se aproxima en lo específico a la nueva noción de bienes comunes naturales.

La experiencia comparada ratifica que es imprescindible que la Convención Constitucional elabore un estatuto jurídico consistente de los bienes naturales comunes, y que mandate al legislador para su desarrollo concreto conforme a los principios que la Constitución establezca.

8.1-Constitución de Ecuador 2008

La Constitución ecuatoriana incorpora el concepto de bienes públicos tanto en el ámbito de las responsabilidades ciudadanas como en lo referente a política fiscal, recursos naturales estratégicos, servicios públicos, la constitución de empresas públicas y los intercambios económicos y el comercio justo, tal como se consigna en el siguiente articulado:

- **CAPÍTULO 9. Responsabilidades**
Artículo 83: Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley...
 - **Nº 13. Conservar el patrimonio cultural y natural del país, y cuidar y mantener los bienes públicos.**

- **SECCIÓN 2. Política fiscal**
Artículo 285

La política fiscal tendrá como objetivos específicos...

Nº 1. El financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos.

- **Artículo 315**
El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, **el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos** y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

- **SECCIÓN 5. Intercambios económicos y comercio justo**
Artículo 335

El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento,

simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos **y a los bienes públicos y colectivos**.

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

8.2-Constitución de Bolivia 2009

La Constitución boliviana se refiere a bienes públicos previniendo su apropiación por personas individuales y particularmente aquellos que ejerzan cargos públicos.

- Artículo 239. Es incompatible con el ejercicio de la función pública: 1. La adquisición o arrendamiento de bienes públicos a nombre de la servidora pública o del servidor público, o de terceras personas.

8.3-Constitución de Colombia 1991

La Constitución colombiana vincula los bienes públicos al territorio nacional y también destaca el dominio nacional.

- Artículo 102. El territorio, con los **bienes públicos** que de él forman parte, pertenecen a la Nación.

8.4-Constitución de España 1978

La Constitución española conceptualiza los bienes públicos como de dominio público, asentando su estatuto en la propiedad pública y específica para algunos el dominio estatal. No obstante, también reconoce un estatus de bienes “comunales” diferenciándolos de aquellos de propiedad estatal y de propiedad nacional.

- Artículo 132. 1. La ley regulará el régimen jurídico de los **bienes de dominio público y de los comunales**, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.
- 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.
- 3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.