

076668

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

T
3115.72
123570
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

EL DOMINIO PUBLICO

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

JUAN MANUEL BOLAÑOS SANDOVAL

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

ENERO 1976



SAN SALVADOR,

EL SALVADOR,

CENTRO AMERICA.

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR EN FUNCIONES

DR. CARLOS ALFARO CASTILLO

SECRETARIO GENERAL

DR. MANUEL ATILIO NASBUN

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

DR. LUIS DOMINGUEZ PARADA

SECRETARIO:

DR. PEDRO FRANCISCO VANEGAS CABAÑAS



TRIBUNALES

"CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL"

PRESIDENTE: Dr. Ronoldy Valencia Uribe
PRIMER VOCAL: Dr. René Iván Castro
SEGUNDO VOCAL: Dr. Carlos Ferrufino

"MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES"

PRESIDENTE: Dr. Francisco Arrieta Gallegos
PRIMER VOCAL: Dr. Eduardo Alfredo Cuéllar
SEGUNDO VOCAL: Dr. Arturo Argumedo h.

"MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS"

PRESIDENTE: Dr. Carlos Alfredo Ramos Contreras
PRIMER VOCAL: Dr. Hector Mauricio Arce Gutiérrez
SEGUNDO VOCAL: Dr. Miguel Angel Gómez.

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

PRESIDENTE: Dr. Roberto Oliva

PRIMER VOCAL: Dr. Jorge Alberto Gómez Arias

SEGUNDO VOCAL: Dr. Carlos Ferrufino

ASESOR DE TESIS

Dr. Carlos Rodolfo Meyer

DEDICATORIA

A MIS PADRES:

Pablo Angel Bolaños y Blanca Sandoval de Bolaños
Con profundo amor y agradecimiento.

A MI ESPOSA:

Rosa Miriam Barrios de Bolaños

A MIS HIJOS:

Karla María, Zulma Yanira y Juan Manuel.

A MIS HERMANOS:

Humberto, José María, José Eduardo, Julio Ernesto, Ana María,
Miguel Angel, Carmen, Mario y Flor de María.

A MIS PARIENTES CERCANOS Y AMIGOS SINCEROS.

I N D I C E

Pag.

EL DOMINIO PUBLICO

CAPITULO I

DEL DOMINIO PUBLICO DEL ESTADO

- a) Concepto y definición.
- b) Caracteres del dominio público
- c) Naturaleza jurídica del dominio público.
- d) Bienes que forman el dominio público.....:11

CAPITULO II

AFECTACION Y DESAFECTACION

(Creación y extinción del dominio público)

I - AFECTACION.

- a) Noción conceptual terminológica.
- b) Naturaleza jurídica.
- c) Consecuencias jurídicas.
- ch) Afectación y asignación del carácter público de los bienes 19
diferencias.
- d) Autoridad competente para afectar o consagrar las cosas al
uso público.
- e) Formas de la afectación.
- f) Requisitos de la afectación

II - DESAFECTACION.

- a) Concepto.
- b) Naturaleza jurídica.
- c) Consecuencias jurídicas.
- ch) Especies de desafectación.
- d) Autoridad competente para desafectar las cosas del dominio público.
- e) Formas de la desafectación.....44

CAPITULO III

USO DEL DOMINIO PUBLICO

- a) Concepto de uso común.
- b) Uso especial o privativo sobre los bienes de uso público:
Caracteres del uso especial o privativo. Permiso y Concesión, sus diferencias.
- c) Naturaleza jurídica del derecho al uso especial o privativo sobre bienes públicos.
- d) Extinción del uso especial.....63

CAPITULO IV

DEL DOMINIO PUBLICO EN PARTICULAR

A - DOMINIO PUBLICO TERRESTRE.

- a) Vías públicas.
- b) Cementerios y sepulturas.

c) Universalidades públicas.

d) Edificios.

B - DOMINIO PUBLICO AEREO.

C - DOMINIO PUBLICO MARITIMO.

a) Naturaleza jurídica del mar territorial.

b) Soberanía y mar territorial.

c) Mar territorial.

d) Extensión del mar territorial.

e) Límite exterior del mar territorial.....100

CAPITULO V

REGIMEN JURIDICO DE "EL DOMINIO PUBLICO EN EL ESTADO SAL-

VADOREÑO.....112

"EL DOMINIO PUBLICO"

CAPITULO I

I - DEL DOMINIO PUBLICO DEL ESTADO

a) CONCEPTO Y DEFINICION:

Una de las actividades esenciales del Estado es la Administración, mediante la cual satisface de un modo concreto permanente y contínuo, las necesidades públicas; los servicios públicos son los instrumentos que la Administración, considerada orgánicamente, se vale para cumplir sus fines y uno de los elementos del servicio público está constituido por el conjunto de bienes o recursos que debe serle asignado para satisfacción de la necesidad pública correspondiente.

✓ Para administrar pues, el Estado necesita bienes; aún más, los necesita para promover el bien común, que resume todos sus fines y su actividad.

En cuanto el Estado tiene el dominio de ciertos bienes para el logro de sus fines propios, se reconocen para su regulación jurídica determinados principios y normas de derecho público, que interesen especialmente al Derecho Administrativo. Así hay bienes que pertenecen al Estado como tal, patrimonio que algunos llaman dominicalidad pública o bienes domániales, pero cuya denominación más corriente es la de dominio público del Estado y hay otros bienes que al Estado pertenecen en cuanto sujeto de derechos patrimoniales, como Fis-

fiscales

co, bienes que algunos llaman patrimoniales o dominio patrimonial del Estado, pero cuya denominación más corriente es la de dominio privado del Estado; a los primeros se les llama también bienes nacionales de uso público y a los segundos, bienes fiscales.

Entendemos pues, por dominio público "el conjunto de bienes afectados al uso directo de la colectividad, referidos a una entidad administrativa de base territorial y destinadas al uso público de los administrados y que no son susceptibles por lo tanto, de apropiación privada".

(1)

Forman pues, los bienes del dominio público los que son destinados al uso público; a los demás bienes los comprenden en el dominio privado del Estado, o sea aquellos bienes que pertenecen al Estado pero que no están destinados al uso común o público.

b) CARACTERES DEL DOMINIO PUBLICO:

Los bienes que forman el dominio público tienen, en razón de su naturaleza y destino, caracteres jurídicos particulares, de entre los cuales es lo esencial que están fuera del Comercio y de ello se derivan las notas de: la inalienabilidad y la imprescriptibilidad; de éstos derivan otras relaciones y modalidades jurídicas que también definen al dominio público y lo diferencian del dominio patrimonial del Estado, cualquiera sea su clase.

(1) Rafael Bielsa (Derecho Administrativo)
Capítulo Unico Pág. 1 y 2.

1) INALIENABILIDAD: El propio destino de las cosas públicas no permite que éstas estén en poder del particular o de la persona privada, que dispondría de ellas según sus particulares intereses; en consecuencia, esas cosas están jurídicamente sustraídas del comercio ordinario del derecho privado.

Las cosas que constituyen el dominio público, son destinadas al uso público permanente, pero pueden ser objeto de relaciones jurídicas que generen o impliquen hechos compatibles con la naturaleza y destino de la cosa; es decir, las cosas de dominio público están fuera del comercio respecto de la ley civil, sustraída al comercio jurídico. Pero las cosas de dominio público, son susceptibles no sólo de utilización colectiva, sino también de utilización individual, sea por medio del permiso, sea por medio de concesión.

De éste carácter de inalienabilidad de los bienes que forman el dominio público, derivan varias consecuencias, tales como: las cosas de dominio público no son susceptibles de ser hipotecadas, pues la hipoteca es un principio de enajenación y un derecho que permite al acreedor hacer vender la cosa hipotecada, por falta de pago de la deuda, por lo que no puede establecerse sobre los bienes inmuebles de dominio público ya que éstos son inalienables. Además la hipoteca implica una limitación en la libre disponibilidad de la cosa y esto iría en contra del destino del bien de dominio público; también las

cosas que componen el dominio público no pueden embargarse, ya que el embargo implica también una limitación muy amplia a la libre disponibilidad de las cosas y además al llegar el bien a subasta habría enajenación de la misma, lo que iría en contra del principio de inalienabilidad de las cosas de dominio público; los bienes de dominio público no pueden ser susceptibles de expropiación, ya que la expropiación constituye la transferencia de la propiedad de un patrimonio a otro, es decir una enajenación, lo cual hemos visto que va contra el principio que se ha relacionado anteriormente y además la expropiación se hace por causa de utilidad pública, y siendo que los bienes de dominio público sirven para esa misma finalidad, no tendría razón de ser la expropiación; otra característica de los bienes de dominio público es la publicidad posesoria, la cual significa en primer lugar que el titular de estos bienes no necesita utilizar, como regla general, el sistema de garantías que supone la inscripción en el Registro de la Propiedad; así como también la posesión administrativa, puede inferirse de la inclusión de un bien en un catálogo administrativo. Estas notas no son sin embargo, aplicables de idéntica manera a todos los bienes demaniales, por lo que se confirma una escala de demanialidad. Cabe preguntarse con lo manifestado con respecto a esta característica, si nos encontramos ante un caso de imposibilidad de inscripción o simplemente de no necesidad; aquí no ca-

no
hipot
embargo
exprop

be hacer una afirmación categórica que prescinda de matices; habría imposibilidad para el caso por ejemplo de las carreteras, de la zona marítimo terrestre (pues a nadie se le ocurriría pensar en registrar estos bienes), la solución es distinta cuando se trata de bienes de entidades administrativas cuya calificación jurídica sólo depende del hecho de que estén afectos a un servicio; también es característica de los bienes de dominio público la facultad de deslinde; las facultades ejecutorias atribuidas de forma genérica a la Administración postulan, en materia de dominio público, el reconocimiento de la facultad de deslinde; máxime cuando esta facultad se reconoce incluso con respecto a los bienes patrimoniales. Aparte de este fundamento genérico, se trata de una facultad repetidamente sancionada por nuestras leyes administrativas especiales: por ejemplo, en relación con la zona marítimo-terrestre y playa, aguas públicas etc... El deslinde es una operación que materializa o determina la extensión de una propiedad administrativa y en este sentido, es exacto decir que la prejuzga. No obstante, ni la declaración de deslinde, ni el hecho material del amojonamiento que por su consecuencia se realice, tienen efectos jurídicos en cuanto al verdadero alcance de la propiedad, la controversia sobre la cual ha de ser decidida por los Tribunales de Justicia. El verdadero efecto de la aprobación administrativa de un deslinde consiste, por tanto, en declarar como carácter definitivo

un estado posesorio, a reserva de lo que resulte del juicio declarativo ordinario de propiedad. Esto determina la peculiar situación, desde el punto de vista de la defensa de sus derechos, en que se encuentran los particulares respecto de estos actos administrativos; y por último, otra característica de los bienes de dominio público es la potestad sancionadora aunque no es una consecuencia de la inalienabilidad, si es un carácter peculiar de este tipo de bienes, consiste en que para la conservación del dominio público se reconoce a la administración una potestad sancionadora que el Derecho Administrativo Francés Clásico conoce con el nombre de "police de la voirie", entendiéndose por tal "un conjunto de reglas penales relativas a las vías de comunicación y a las riberas del mar, así como a ciertas materias asimiladas." La potestad sancionadora que a la administración se otorga puede referirse a cualquier dependencia del dominio y su fundamento no está en el poder general de policía como en la acción de oficio aplicada a la especial situación jurídica que ostenta como titular de los bienes del dominio público, cuya integridad y permanencia en su afectación le está encomendada.

2) IMPRESCRIPTIBILIDAD: Este carácter de imprescriptibilidad de las cosas de dominio público, es una consecuencia de la inalienabilidad de las mismas, puesto que por la prescripción se adquiere

el dominio de las cosas, por la ocupación más o menos larga y no interrumpida de las mismas y si ésta operara en los bienes de dominio público, tendríamos que éstas cambiarían de dueño, es decir, habría transferencia de dominio, lo cual no opera en los bienes de dominio público por su carácter de inalienables.

c) NATURALEZA JURIDICA DEL DOMINIO PUBLICO:

Se discute la idea de si el dominio público constituye o no una verdadera propiedad. Antiguamente lo negaron estimando que "propiedad pública" es una "imposibilidad jurídica". No existe otra propiedad que la propiedad civil, la cual es la única que reviste los atributos de una verdadera propiedad.

Esta negación se apoyaba en el hecho de que los bienes de dominio público se identificaban con aquéllos que no eran susceptibles de apropiación y que se usaban por todos. Así decía Proudhon que dominio público "es el poder de seguir y administrar las cosas que por ministerio de ley están destinadas al uso de todos y cuya propiedad a nadie pertenece " (2). Para quienes sostienen esta teoría, el Estado sólo posee sobre los bienes de dominio público, un poder de custodia, de vigilancia, de policía; pero no el de usar y disponer. El uso corresponde al público y no al Estado, los frutos no existen en la mayor parte de los casos y la facul-

tad de disponer está excluida por el principio de la inalienabilidad del dominio público.

Gascón y Marín son de la opinión que los bienes de dominio público están colocados bajo la autoridad exclusiva del Estado, pero que el uso de los mismos, la verdadera utilización del dominio, en nada semeja al uso y utilidad de las cosas de derecho privado. El Estado no utiliza directamente en provecho personal la cosa que está afecta a un servicio público y más que un derecho de dueño, ejercita acción de poder público, función de policía de reglamentación jurídica.

La doctrina más común es la que reconoce como verdadera propiedad el dominio público. La propiedad es un vínculo entre una persona y la cosa que crea entre ambas una relación de dominio, originando a favor del titular un poder jurídico respecto a terceros. La relación que nace del dominio público es idéntica al de la propiedad privada. Sobre el dominio público ejerce el Estado un dominio de patrimonialidad, a diferencia del derecho que le corresponde sobre la totalidad del territorio, considerado en su conjunto, que es de mera soberanía.

El dominio público conlleva el señorío del Estado sobre los bienes que lo componen, en el uso y en el goce de los mismos, teniendo además la facultad de defender dichos bienes frente a

cualquiera que perturbe la posesión o goce los mismos; aunque si bien es cierto el dominio público tiene ciertos caracteres que lo diferencian de la propiedad privada, por ejemplo, el hecho de defender la cosa en el Derecho Privado se desarrolla en condiciones de igualdad jurídica y sólo a través de la acción judicial, en el Derecho Público se actúa a través de imperio y de policia.

Nuestro Código Civil en el Art. 562 define el dominio o propiedad como "el derecho de poseer exclusivamente una cosa y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario"; y además el Art. 571 del mismo Código expresa: "que son bienes nacionales aquéllos cuyo dominio pertenece a la nación toda", distinguiendo entre los bienes nacionales de uso público y los bienes fiscales, los cuales veremos más adelante; pero sí reconocen un verdadero derecho de propiedad, en mi criterio, de los bienes de dominio público.

d) BIENES QUE FORMAN EL DOMINIO PUBLICO:

La doctrina de la demanialidad sólo incluye, en sus comienzos, entre las dependencias del dominio público las "porciones del territorio nacional". Esto tuvo su origen en el Código Civil Francés y de acuerdo con dicha doctrina, se negaba el carácter de bienes de dominio público a los edificios y a los bienes muebles.

Este criterio había de superarse radicalmente al ser aceptado el criterio de la afectación como típico de la demanialidad; pues no sólo porciones de territorio, sino edificios y cosas muebles pueden ser destinadas al uso público o al mantenimiento de un servicio público, por ejemplo los edificios destinados a escuelas nacionales; hospitales, museos, etc...., además son bienes demaniales los edificios propiedad del Estado en los que se alojan órganos del mismo.

No obstante lo primeramente citado con respecto a los bienes muebles, a lo largo del siglo XIX se abrió paso en Francia la opinión de que ciertos bienes muebles (objetos de arte, documentos, recuerdos históricos...) habían de gozar de la protección que supone el régimen jurídico del dominio público. Se chocaba con el escollo del Código de Napoleón pero la jurisprudencia encontró los argumentos suficientes para obviarlo, imponiendo la tesis del carácter inalienable e imprescriptible de tales bienes.

Ballbé ha defendido la posibilidad del dominio público mueble afirmando que "la conexión con el interés público es, si cabe, mayor en los bienes muebles que en los inmuebles, pues si es susceptible de sustitución por otro el inmueble soporte del servicio, no ocurre otro tanto con los numerosos objetos muebles,

cuyo valor radica intransferiblemente en ellos; el peligro de su inalienabilidad y prescriptibilidad ocasionaría un daño muy superior al que se originase por la de los inmuebles". (3)

Hay autores que sostienen el criterio de admitir como objeto del dominio público las cosas incorporales, pero la verdad es que no se advierten razones definitivas de tipo práctico que hagan indispensable en estos casos la utilización del régimen del dominio público. La protección del interés público en estos casos puede lograrse mediante otras técnicas administrativas como, por ejemplo, la policial. Por lo que se refiere al dinero, tampoco resulta aplicable la noción del dominio público.

(3) Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II, pag. 404.

CAPITULO II

AFECTACION Y DESAFECTACION *

(Creación y extinción del Dominio Público)

I- AFECTACION:

* a) NOCIÓN CONCEPTUAL. - TERMINOLOGIA: "La afectación es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad (4) Para que se tenga por operada la afectación y ésta surta efectos jurídicos, es indispensable el cumplimiento de determinados requisitos de tal manera que la afectación puede consistir en un "hecho" o en una "manifestación de voluntad" del poder público.

Distinguidos tratadistas, al dar la noción conceptual de afectación, sólo la refieren a "una manifestación de voluntad" -- del poder público (5) La Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina, al dar la noción antes expresada, sólo la vincula a una "manifestación de voluntad" del poder público; pero la opinión de este alto Tribunal admite discusión, pues de otros pronunciamientos suyos resulta que también acepta que la afectación consista en "hechos" del poder público; así, ha expresado que las vías de comunicación, cuando han sido incorporadas al uso y goce común -- con el asentimiento de las autoridades y de los propietarios desde tiempo inmemorial, se convierten en bienes del dominio público, ha-

(4) En sentido concordante: Maurion, página 129.

(5) Villegas Basavilbaso, Tomo IV, página 304.

ciendo notar que el "asentimiento" de las autoridades, a que hace referencia este alto Tribunal, sólomente se traducía en "hechos" lo cual se comprueba con los antecedentes relatados en las mencionadas sentencias.

En la República de Francia se utilizan los términos "affectation" y "désaffectation" y, también, "classement" y "désclassement". Los dos primeros referidos a los bienes naturales en tanto que los dos últimos se los vincula a los bienes "artificiales". (6).

Nosotros hemos tomado del francés, el vocablo "afectación", no obstante ello, este vocablo traduce la idea que se desea expresar. Pero el término propio no es "afectación" sino "consagración" (7), palabra utilizada en numerosas sentencias por la Corte Suprema de Justicia de Argentina.

* b) Naturaleza Jurídica: En doctrina se discute cual es la naturaleza jurídica de la afectación.

Mayer estima que la afectación es un acto de voluntad, perteneciente a la esfera de la Administración Pública, pero que no constituye un acto administrativo, porque no determina relaciones entre el ciudadano y el poder público. Según Mayer pues, --

(6) Maurion, páginas 29-30

(7) Marienhoff, Miguel S. Tratado del dominio público-pag.153

aquella no hace más que crear una situación de la que resultará esas relaciones.

Hauriou considera que la afectación es el hecho que determina la utilización de la cosa a un fin público; hecho que resulta tanto de acontecimiento materiales combinados con declaraciones administrativas, como de declaraciones administrativas exclusivamente. (8)

Forsthoff considera a la afectación como un acto jurídico, - con efectos específicos y de amplio alcance; pero a su entender se diferencia de los actos administrativos en el sentido usual, porque carece de destinatario.

Villegas Basavilbaso, distinguido entre los actos de afectación de los bienes "naturales" y de los bienes "artificiales", juzga que la naturaleza jurídica de la afectación o consagración es la correspondiente a la de los actos legislativos o administrativos, según se trate de bienes públicos naturales o artificiales, respectivamente. (9)

Es evidente que para determinar la naturaleza de la afectación hay que distinguir entre bienes declarados públicos en su estado natural y bienes declarados públicos pero cuya evación o existencia depende de un hecho humano.

La autoridad competente para establecer el carácter público

(8) Hauriou, página 29

(9) Villegas Basavilbaso, Tomo IV, páginas 321-323.

de un bien, sea éste natural o artificial, es el Estado, a través de una ley, por cuanto ello implica legislar sobre una cuestión substantiva o de fondo: la atinente a la naturaleza o condición jurídica de las cosas. La afectación surge del propio acto que establece el carácter dominial del bien, o sea surge de la respectiva ley estatal; en esa clase de bienes, la atribución del carácter público vale automática afectación. Trátase de una afectación "ministerio legis". Las cosas cambian respecto a los bienes del dominio público "artificial", la facultad de crear tales bienes en local o provincial, consecuentemente, la afectación de los bienes que integran el dominio público artificial es una facultad local o provincial y ello puede efectuarse por ley o por acto administrativo fundado en ley y aún por acto administrativo autónomo, de tal manera que, tratándose de bienes artificiales, la autoridad administrativa "crea" el bien, lo destina al fin previsto, lo que implica "afectación". En consecuencia, la afectación debe efectuarse por ley nacional, si se trata de bienes naturales o por acto administrativo, si se trata de bienes artificiales.

La afectación también puede resultar de un "hecho" de la Administración, en tal caso ha de tratarse de bienes artificiales.

* De manera que la afectación puede efectuarse por ley, por

acto administrativo o por hechos de la administración. Esto es fundamental para determinar la naturaleza jurídica de la afectación, naturaleza que no es otra que la de un acto legislativo, la de un acto administrativo o la de un hecho jurídico, según los casos.

* c) CONSECUENCIAS JURIDICAS: de la afectación deriva una consecuencia jurídica primordial: el bien o cosa, desde ese momento, queda efectivamente incorporado al dominio público y sometido a los principios que rigen dicha institución. Sólomente después de la afectación o consagración al uso y goce de la comunidad, la cosa queda regida por el derecho público como dependencia dominial.

ch) AFECTACION Y ASIGNACION DEL CARACTER PUBLICO DE LOS BIENES.

DIFERENCIAS: No se debe confundir la "asignación del carácter público" a un bien, con la "afectación" del dominio al dominio público. Son, cuestiones distintas.

* La asignación del carácter público a una cosa, significa sólomente establecer que dicha cosa tendrá calidad dominial, como integrante o dependiente del dominio público.

* La afectación en cambio, significa que un bien declarado dominial queda efectivamente incorporado al uso público.

Por ejemplo cuando se le asigna carácter dominial a las calles, significa asignarle carácter público a una cosa, la calle en este caso, por tanto, todas las calles construídas o a construirse tienen carácter público. Pero para que una calle que se construya -

quede sometida al régimen del dominio público, es indispensable que dicha calle quede "efectivamente" librada al uso público y esto último se obtiene mediante la "afectación, que es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad.

De tal manera, que una cosa es la afectación al uso público y otra cosa muy distinta la atribución del carácter público de los bienes.

La cabidad "natural" o "artificial" del bien declarado público por el legislador, incide fundamentalmente en lo relacionado con la afectación, pues ésta se opera en forma distinta según se trate de una o de otra especie de bienes.

d) AUTORIDAD COMPETENTE PARA AFECTAR O CONSAGRAR LAS COSAS

X AL USO PÚBLICO: Para resolver qué autoridad es competente para afectar las cosas al dominio público es fundamental distinguir entre bienes pertenecientes al dominio público "natural" y al dominio público "artificial".

*f. públ. } nat.
 } artif.
b. priv.*

El Estado mediante leyes establece cuales son los bienes públicos y al hacerlo no solamente contempla los que integran el dominio público natural, sino también el artificial.- Los primeros son declarados públicos considerándolos en el estado

en que la naturaleza los representa u ofrece, los segundos deben ser creados por el poder público.

Con respecto a los bienes públicos que integran el dominio natural, el propio hecho de asignarles carácter público implica su afectación al uso público, es decir, la atribución del carácter público vale, automática afectación. Dada la naturaleza de tales bienes, no se requiere acto administrativo alguno que complemente, integre o actualice la ley.- Se trata de una afectación ministerio legis, que se produce simultáneamente con la declaración del carácter público del bien. Pero como la facultad de atribuirles carácter público o privado a las cosas, es exclusiva del Estado, va de suyo que la afectación de los bienes integrantes del dominio público natural, es también facultad exclusiva del Estado, desde que, en este caso, la afectación es consecuencia de la atribución del carácter jurídico del bien.

✓ Las cosas cambian respecto a los bienes que forman el dominio público artificial. Ya anteriormente hemos visto, que una cosa es la declaración del carácter público o privado de los bienes y otra cosa muy distinta es la afectación de los mismos al dominio público "natural", dada la naturaleza o índole del bien, la declaración de su carácter público implique simultáneamente su afectación al uso público. Distinto ocurre respecto a

las cosas públicas "artificiales", la afectación de éstos se realiza mediante la "creación" del respectivo bien (calle, plaza, cementerio, etc...) La facultad de crear tales bienes es, por principio, local o municipal; pertenece a la soberanía reservada de los municipios. En consecuencia, la afectación de los bienes que integran el dominio público artificial es, por principio, facultad local o municipal; de modo que la autoridad local crea, el bien y lo destina al fin previsto, lo que implica afectación, pero su condición jurídica de bien público derivará de lo dispuesto por el legislador estatal.

e) FORMAS DE LA AFECTACION: Como hemos visto anteriormente,

la afectación puede resultar de una ley, de un acto administrativo o de hechos; tales formas o modos de operarse la afectación o consagración, vincúlense a la división de los bienes públicos en naturales y artificiales.

Mientras los bienes públicos naturales sólo pueden afectarse por ley, los bienes públicos artificiales pueden también afectarse por actos administrativos o por hechos.

Ya hemos visto que, respecto a los bienes públicos que integran el dominio llamado natural, la propia circunstancia de asignarles carácter público implica su automática y simultánea afectación; trátase de una afectación ministerio legis; también hemos

visto que la potestad para atribuirles carácter público o privado a los bienes, es exclusiva del Estado, quien la ejerce mediante leyes. En consecuencia, como en esta clase de bienes la afectación es consecuencia de la atribución del carácter jurídico del bien, va de suyo que la afectación de los mismos también se opera mediante una ley formal dictada por el Estado. El acto administrativo no opera en este supuesto.

Cosa distinta ocurre respecto a las cosas públicas "artificiales", como se ha explicado, la afectación de dichas cosas se realiza mediante la "creación" del respectivo bien (calle, cementerio, etc...), pero la facultad de crear tales bienes, en principio es local, excepcionalmente puede constituir una atribución nacional. En consecuencia, la afectación de los bienes que integran el dominio público artificial es, en principio, facultad local o provincial; por excepción puede ser una facultad de la Nación. Ello puede efectuarse por ley local o nacional, o por acto administrativo fundado en ley y aún por acto administrativo autónomo, según las circunstancias.

En lo que concierne a las cosas públicas artificiales, la afectación puede también efectuarse por "hechos", siempre y cuando tales hechos provengan de la Administración Pública. Esos hechos pueden ser de diversa índole; desde actitudes asumidas por la Administración, hasta un uso público continuado consentido por ella. Y es que, tratándose de bienes públicos artificiales, la afectación no tiene formas especiales ni sacramentales; la voluntad de la Administración Pública puede mani-

festarse en forma expresa o en forma táctica; sólomente se requiere que la afectación sea efectuada por la autoridad competente para realizarla, de lo contrario faltaría el consentimiento válido de la Administración, indispensable en la especie.

Entre los hechos o actitudes de la Administración Pública que surten efectos de afectación o consagración del bien al uso público, podemos mencionar:

1o). Dejar expedita la cosa (calle, puente, monumento, etc..) al uso público.

2o). Inauguración de la obra, dejándola al uso público. Por ejemplo: cortar la cinta que atravezaba la calle.

3o). Comienzo de utilización de la cosa para su fin específico. Ejemplo: utilización de una construcción como edificio administrativo.

4o) Retiro de los avisos u obstáculos que prohiban o impidan el acceso al público.

5o) Reemplazo de un camino, o un tramo del mismo que está en malas condiciones, por un camino o tramo nuevos que se encuentran en buenas condiciones.

6o) Las cosas incorporadas a un museo público adquieren condición dominial al ser puestos en situación de que el público las contemple o admire, lo cual constituye una cuestión de hecho. Vi--

llegas Basavilbaso considera que en estos casos, el carácter público de la cosa deriva de su registro en el inventario del museo y no precisamente de su exhibición inmediata, pues entiende que el carácter público del bien no depende de su exhibición, sino de su registro. (10)

Si bien es cierto que la afectación o consagración de los bienes públicos artificiales puede efectuarse por hechos, es indispensable que tales hechos cuenten con el asentimiento expreso o virtual de la Administración Pública. La mera intervención, actuación, gestión o decisión de los administrados o particularmente es intrascendente a tales efectos. Esto es así porque, tratándose de atender o satisfacer un interés público, su valoración está a cargo del Estado y no a cargo de los particulares; tratase de una actividad estatal "stricto sensu".

f) REQUISITOS DE LA AFECTACION: Para que produzca efectos jurídicos la afectación requiere el cumplimiento de determinados requerimiento, los cuales son:

1o) La afectación tiende a hacer efectiva la satisfacción de una necesidad o de un interés público; pero como la valoración o aquilatamiento de tales necesidades o intereses constituye una típica actividad estatal, toda afectación idónea debe contar indispensablemente con el asentimiento de la respectiva autoridad,

(10) Villegas Basavilbaso, Tomo IV, página 316, nota 25.

según la índole del bien que se considere.

2o) El bien o cosa de que se trate debe hallarse librado al uso público en forma efectiva y actual. Si así no ocurre, la afectación no surte el efecto jurídico de incorporar la cosa al dominio público, sometiéndola a los principios que rigen dicha institución. Esto es así, puesto que si no hay uso público efectivo y actual, falta uno de los elementos esenciales integrantes de la noción de dominicalidad.

Lo anterior refiérese a los bienes "artificiales" declarados públicos, pero no comprende a los bienes "naturales" declarados públicos, pues, como hemos visto, respecto a estos últimos la atribución de su carácter dominial implica simultánea o automática afectación; se trata de una afectación "ministerio legis", que no requiere acto administrativo alguno que la complemente o integre.

La afectación debe ser efectiva y actual, con respecto a este requisito Mayer nos dice, que el bien o cosa debe ser "puesto en función" y otro autor expresa, que la cosa debe ser "puesta en uso". Así por ejemplo, tratándose de un camino, para que la afectación quede perfeccionada y surta todos sus efectos, debe ser abierto a la circulación o tránsito público; lo mismo puede decirse de un edificio, éste sólo quedará regido por los princi-

pios del dominio público cuando sea efectivamente abierto al uso público.

El bien debe ser susceptible de un uso público "actual" su material debe ser idónea para dicho uso. En consecuencia, si se tratare de una cosa dominial cuya existencia requiera la previa construcción de una obra, no podrá aplicarse el régimen del dominio público mientras dicha construcción no haya sido efectuada de tal manera que no implican afectación válida la simple ley o el decreto que dispongan la construcción de una determinada obra, se requiere la afectación "actual" de la obra al uso público, lo que exige que la cosa presente un "estado exterior" idóneo; así si se tratare de un edificio, su construcción debe hallarse realizada, lo mismo si se tratare de una calle.

Desde que la afectación debe ser "efectiva", no es posible que ella sea potencial y desde que debe ser actual, no es concebible que existan afectaciones futuras. No obstante, hay quienes creen en la posibilidad de afectaciones potenciales y de afectaciones futuras.

El hecho de que la afectación deba ser efectiva y actual no significa que el uso público deba ser constante, de "continuidad absoluta", basta con que se lo realice en cualquier momento que se desee, o con la intermitencia requerida por la índole de la

utilización; pero no basta una utilización meramente potencial, para que pueda hablarse de afectación válida es menester que el uso público haya tenido lugar, aunque después se lo siga realizando en la forma indicada. Es casi imposible concebir un uso de continuidad absoluta, ininterrumpido; ningún caso tiene esos caracteres. Los que hablan de la posibilidad de una afectación potencial, confunden o asimilan el uso efectivo, que traduce afectación válida, puede muy bien ser intermitente, pero nunca potencial.

Ya que la afectación debe ser actual, es inaceptable una afectación para el futuro, por ello es errado hablar de cosas públicas futuras, como categoría de cosas dominiales.

3o) Para que la Administración Pública pueda afectar válidamente una cosa al uso público, es indispensable que dicha cosa se halle en poder del Estado en virtud de un título jurídico que le haya permitido adquirir el dominio de esa cosa. Esta exigencia es fácilmente comprensible, pues el Estado no puede afectar al uso público cosas que no le pertenezcan; puesto que si la Administración Pública afectase al uso público cosas ajenas, es decir de los administrados o particulares, sin contar con la conformidad de éstos o sin cumplir con los requisitos establecidos en la ley fundamental, vulneraría la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad.

- actual
- que lo es

*Las maneras de como el Estado adquiere la propiedad de la cosa, puede ser indistintamente de derecho público, por ejemplo la expropiación o de derecho privado, por ejemplo, la compraventa, cesión, donación etc.; pues lo que somete una cosa al régimen dominial, no es el medio por el cual fue adquirido esa cosa por el Estado, sino su afectación al uso público.

4o) Cuando se trata de bienes "naturales", la afectación válida de ellos, que se efectúa por ley, no requiere un acto administrativo especial de afectación, que complementa, integre o actualice la ley.

Tratándose de bienes naturales, la atribución de su carácter dominial, implica a la vez, simultánea o automática afectación, se trata de una afectación "ministerio legis"; en este caso no se requiere un acto administrativo alguno que integre o actualice la ley; ésta tiene amplia virtualidad por si misma.

5o) Tiene la afectación carácter específico o especial? Es decir, afectada una cosa a un uso determinado, el cambio de destino, requiere una nueva afectación?.

El efecto jurídico de la afectación no es otro que el de someter la cosa al régimen de la dominialidad, ya que el carácter o naturaleza dominial de la cosa no deriva de la afectación, sino de la ley que le asigna carácter público a la cosa respectiva.

Así, cuando se produce un cambio de destino en una cosa dominial, ese cambio no requiere una nueva afectación, pues siendo el efecto de

ésta someter la cosa al régimen de la dominicalidad, es de hacer notar que, a raíz del destino primitivo, la cosa ya se encuentra sometida a dicho régimen, por lo que el mero cambio de uso no -- produce modificación alguna en la situación legal o "status" del bien, éste continúa siendo público y sometido al régimen de la dominicalidad. Por lo tanto, no tendrá objeto una nueva afectación, máxime cuando generalmente el cambio de uso se opera sin solución de continuidad respecto al uso primitivo.

El cambio de uso requiere desde luego, que sea dispuesto por la autoridad competente para ello y que la afectación al nuevo -- destino continúe siendo efectiva y actual. En consecuencia, el -- simple cambio de uso no requiere nueva afectación.

II DESAFECTACION

a) CONCEPTO: desafectar un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir, por lo tanto, del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de -- los administrados. El principio consiste en que los bienes desafectados ingresen al dominio privado del Estado y la excepción consiste en que dichos bienes ingresen al dominio privado de los administrados, como ocurriría por ejemplo con el cauce abandonado de los ríos.

La desafectación puede consistir en un "hecho" o en una "manifestación de voluntad" del poder público. Esta manifestación de

voluntad puede encontrarse en un acto legislativo o en un acto administrativo y a su vez el "hecho" que sirve de fundamento a la desafectación, puede ser tanto "natural" como "hermano".

b) NATURALEZA JURIDICA: La naturaleza jurídica de la desafectación es correlativa a la de la afectación, de la cual no difiere.

✓ La desafectación en definitiva y según la índole del bien que se considere, puede efectuarse por una manifestación de voluntad del poder público (ley o acto administrativo) o por hechos (naturales o humanos).

Es decir, que la naturaleza jurídica de la desafectación, al igual que la de la afectación, no es otra que la de un acto legislativo, la de un acto administrativo o la de un hecho jurídico, según los casos.

c) CONSECUENCIAS JURIDICAS: La desafectación produce fundamentales efectos jurídicos, es decir, tiene consecuencias esenciales.

La principal consecuencia jurídica de la desafectación consiste en el cambio de la condición jurídica del bien, que de público pasa a ser privado y cuya titularidad, por principio, le seguirá correspondiendo al Estado y por excepción, a los administrados o particulares, como lo hemos estudiado anteriormente.

Es ésta una cuestión que depende del ordenamiento jurídico que se considere.

La desafectación no actúa como causa extintiva de dominio, sino simplemente como modificatoria de un régimen jurídico. Excepcionalmente y siempre que ello surja de una ley, las dependencias dominiales desafectadas, pasan al dominio privado de los administrados o particulares, es lo que ocurre con los cauces abandonados de los ríos, cuya titularidad pasa a pertenecerle a los respectivos ribereños.

Los efectos o consecuencias jurídicas de la desafectación se pueden resumir así:

1o) El bien o cosa sale del dominio público y pasa al dominio privado.

2o) Como corolario de ello, cesan los derechos de uso (común o especial) que se ejercían sobre la dependencia desafectada.

3o) Cesan igualmente todas las consecuencias derivadas del carácter de "inalienable" que revestía la dependencia dominial desafectada;

4o) Los accesorios pierden su carácter dominial.

Es decir, que la desafectación produce el efecto general de cambiar la condición jurídica del bien, que se torna a partir de ella enajenable, prescriptible, embargable y regido, no ya por

las disposiciones del derecho administrativo relativas a la policía de los caminos y de las calles, sino por el derecho civil, a cuyo campo de acción ha ingresado como consecuencia de aquélla.

ch) ESPECIES DE DESAFECTACION: Todo bien público puede ser desafectado, ya se trate de bienes que integren el llamado dominio público "natural" o de bienes que integren el llamado dominio público "artificial".

Algunos autores, entre ellos Forsthoff, y Luis Claro Solar, sostienen que sólo pueden desafectarse los bienes que integran el dominio público artificial, no así los que constituyen el dominio público natural, afirmando que hay bienes que por su naturaleza no pueden ser desafectados, al menos mientras conserven su aptitud para satisfacer el uso público. Esto no es así, por cuanto no hay bien público alguno cuya naturaleza impida la desafectación.

No existe razón alguna que se oponga a la desafectación de cualquier bien público, ya se trate de los que integran el dominio llamado natural o de los que integran el dominio llamado artificial, desafectación que puede efectuarse por cualquiera de los medios reconocidos al respecto por el derecho, siempre y cuando la efectúe o disponga la autoridad competente para ello.

La desafectación puede operarse de diversos modos, que constituyen otras tantas especies. Puede consistir en una manifestación de voluntad del poder público, que es lo que se denomina desafectación formal o puede consistir en hechos, cuyo origen puede ser natural o humano.

Tanto la desafectación formal como la desafectación por hechos, -- pueden referirse a bienes naturales como bienes artificiales.

1o) La desafectación formal ofrece distintas modalidades, ya que cualquier bien público puede ser desafectado, ya se trate de un bien natural o de un bien artificial.

Cuando se trata de bienes del llamado dominio público "natural" debe distinguirse entre la mera desafectación que deja subsistente la individualidad de la cosa y la desafectación por transformación del bien, el que en tal supuesto cambia de individualidad. Como -- consecuencia de la primera, en el bien respectivo se opera un cambio jurídico; como consecuencia de la segunda, un cambio físico, que a la vez genera consecuencias legales. Como ejemplo de la primera desafectación puede mencionarse la desafectación de un río o de una isla, que continuarán siendo tales aún después de la desafectación y como ejemplo de la segunda desafectación puede mencionarse los trabajos de rellenamiento de todo o parte del lecho de un curso de agua o de parte del lecho del mar, el desecamiento de un lago, etc.

La desafectación formal de los bienes públicos "artificiales" puede asimismo dar como resultado la extinción del bien o el simple cambio de su condición jurídica, todo depende del bien de que se trate. En el primer caso, el bien respectivo deja de subsistir, como tal, para el futuro, pierde su individualidad; así una calle o un cementerio desafectado dejan de ser calle o cementerio para convertirse en un terreno ordinario, que adquiere la condición jurídica asignada por la ley a dichos terrenos. La desafectación formal de los bienes públicos "artificiales", puede también dejar subsistente la individualidad del bien o cosa; por ejemplo, el cambio de destino de un edificio público, que en lo sucesivo no se consagrará al uso público, provocará un cambio en la condición legal del bien, que en lo sucesivo tendrá la calidad de cosa privada. Se considera dominiales a esta clase de bienes, en tanto se hallan afectados directamente a la utilidad o comodidad común, como bienes finales o bienes de uso; cesando esta afectación, cesa asimismo su condición de bienes dominiales. El edificio, por ejemplo, seguirá subsistiendo físicamente como tal, pero su cambio de destino conlleva un cambio de condición legal, dejará de ser un bien de uso o un bien final, para transformarse en un simple bien instrumental, con la correlativa nueva condición jurídica. El carácter público del bien no derivaba de la índole del mismo, sino exclusivamente de su destino. Sólomente cuando se trata de bienes públicos naturales, la dominialidad

dad está basada en la índole del bien; en cambio, tratándose de bienes públicos artificiales, la dominialidad sólo depende del destino de esos bienes.

2o) La desafectación por "hechos", sean éstos de la naturaleza o humanos, procede igualmente respecto a bienes "naturales" o a bienes "artificiales".

Los bienes públicos "naturales" pueden desafectarse por hechos de la naturaleza, por ejemplo: el cambio de curso de un río determina la desafectación del antiguo cauce, que pasa a ser un bien privado. Pero dicha categoría de bienes no es susceptible de desafectación por hechos humanos.

En cuanto a los bienes públicos "artificiales", éstos pueden desafectarse por hechos, sean éstos humanos o naturales. Como ejemplo de desafectación por hechos naturales, puede mencionarse la destrucción de un monumento o de un edificio público por un terremoto o por una inundación. La desafectación de los bienes públicos artificiales por hechos del hombre, puede responder a hechos del Estado o de terceros, siempre, en este último caso, que los terceros cuenten con el asentimiento de las autoridades. Los simples hechos procedentes de los particulares o administrados, en tanto no cuenten con el asentimiento o conformidad de las autoridades, son ineficaces para producir la desafec-

tación de los bienes públicos; la razón de éste es la misma en cuyo mérito los administrados o particulares, por sí, no pueden afectar bienes al dominio público.

No debemos confundir "la desafectación" de la cosa dominial, con su "destrucción" realizada por terceros; son actuaciones diferentes. La destrucción o desaparición jurídica de la cosa nos coloca ante un hecho irremediable, cuyas consecuencias se imponen por sí mismas, pero ello no equivale a la desafectación, pues ésta constituye una institución o procedimiento jurídico; en cambio, la destrucción de la cosa, constituye un hecho situado fuera de los límites del derecho. La destrucción no constituye, técnicamente, un caso de desafectación, sino de destrucción, que es distinto. En la destrucción la cosa no cambia simplemente de individualidad, sino que físicamente deja de existir; la cosa desaparece del mundo de las realidades. En cambio, el efecto fundamental de la desafectación es el cambio de condición jurídica de la cosa, sea que ésta conserve o cambie su individualidad; pero la cosa no deja de existir; ni aún en los casos de especificación o transformación, en donde se opera una modificación, pero no una desaparición del mundo físico.

Generalmente, la extinción o desaparición material de la cosa dominial o pública, que es en definitiva un caso de destrucción de

esa cosa, no constituye técnicamente un supuesto de desafectación, sino de extinción del derecho de propiedad pública por desaparición del objeto sobre el cual se ejercía.

d) AUTORIDAD COMPETENTE PARA DESAFECTAR LAS COSAS DEL DOMINIO PUBLICO: Para establecer cual es la autoridad competente para desafectar los bienes del dominio público, es necesario considerar separadamente las dos clases de desafectación, reconocidos por el derecho: formal y por hechos y relacionar cada una de éstas con los bienes naturales y con los bienes artificiales.

1o) DESAFECTACION FORMAL:

Cuando nos referimos a los bienes del llamado dominio público natural, hay que distinguir entre la simple desafectación, que deja subsistente la individualidad de la cosa y la desafectación por transformación del bien, el que en tal caso cambia de individualidad.

Como ya hemos visto, la desafectación de un bien público natural, que deja subsistente la individualidad de la cosa, da como resultado el cambio de la condición jurídica del bien, que de público se convierte en privado, pero la naturaleza física de la cosa en sí, no se altera, no se modifica: el bien desafectado, conserva su anterior individualidad, el único cambio que sufren a raíz de ésta es en su condición legal.

En consecuencia, ese tipo de desafectación formal de bienes públicos naturales, al no alterar la individualidad del bien, no tiene otro alcance o proyección jurídica que el cambio de la condición legal de la respectiva cosa, con todas las consecuencias que produce o conlleva tal cambio.

La facultad para efectuar esa clase de desafectación de los bienes públicos naturales, le corresponde al Estado, porque consistiendo tal desafectación en el cambio de la condición legal - del bien, que de público se convierte en privado, ella se traduce o resume en una cuestión substantiva o de fondo: la de estatuir sobre el carácter jurídico de las cosas, cuya facultad pertenece a la esfera de competencia del Estado.

Frente a la desafectación de los bienes públicos naturales, que deja subsistente la individualidad de la cosa, hállese la que, al alterar o cambiar dicha individualidad, da como resultado que el bien, o parte de él, deje de subsistir. Por ejemplo: un río o parte de él, puede dejar de serlo a raíz de trabajos de --rellenamiento que lo conviertan en tierra firme; un lago puede -- ser desecado etc.... A ésto es lo que se le llama "desafectación" por transformación o por especificación". **Cuál** sería la autoridad competente para efectuar esa clase de desafectación? La autoridad competente para ello sería el Estado, en primer lugar y varios cu

tores, Eduardo Costa entre ellos, sostienen que puede hacerlo - también las provincias respecto a bienes públicos provinciales.

De tal manera que si bien las provincias no pueden desafectar sus bienes públicos integrantes del llamado dominio natural, dejando intacta su individualidad, si pueden desafectarlos por transformación o especificación y en tal supuesto pueden enajenar los bienes, transformarlos o sus porciones. Por eso las tierras ganadas en los ríos, lagos o mar, en tanto los trabajos hayan sido ordenados por la autoridad competente para ello, pueden ser válidamente enajenadas, ya que al haber dejado de ser río, lago o mar, también dejaron de formar parte del dominio público, dejando en consecuencia de ser inalienables, ya que las tierras firmes obtenidas por las obras de rellenamiento o desecamiento - constituyen bienes del dominio público.

Lo que hemos visto anteriormente se refiere a la desafectación "formal" de bienes integrantes del llamado dominio público natural.

Con respecto a los bienes públicos "artificiales", la desafectación puede dar como resultado la extinción del bien o el simple cambio de su condición jurídica. Que autoridad está facultada para llevar a cabo esas especies de desafectación? Para responder a esta pregunta, habría que analizar, si la desafectación

produce la extinción del bien o un simple cambio en su condición jurídica.

En el primer caso, el bien o cosa deja de subsistir, como tal, para el futuro: pierde su individualidad ejemplo: una calle o un cementerio desafectados dejan de ser calle o cementerio para convertirse en un terreno ordinario, que adquiere la condición jurídica asignada por la ley a dichos terrenos. La facultad para efectuar esta clase de desafectación, es local o provincial; pertenece a la soberanía reservada de las provincias.

En el segundo caso es desafectación formal sólo produce un cambio en la condición jurídica del bien o cosa, cuya individualidad subsiste, no se altera, ejemplo: el cambio de destino de un edificio público, que en lo sucesivo no se consagrará al uso público, provocará un cambio en la condición jurídica de ese bien, que en lo sucesivo será una cosa privada. El carácter público del edificio derivaba exclusivamente de su destino al uso público; modificado tal destino, desaparece su carácter dominial, que era su consecuencia. Este tipo de desafectación, es también una facultad local o provincial; pertenece a la soberanía reservada de las provincias.

2o.) DESAFECTACION POR HECHOS:

También la desafectación puede efectuarse por hechos, sean

éstos de la naturaleza o del hombre, ya se trate de bienes naturales o artificiales.

Con respecto a la autoridad competente para desafectar por hechos los bienes dominiales, sóloamente hay que hacer referencia a los hechos "humanos", que son los únicos que pueden dar lugar a -- problemas de competencia, no así los hechos de la "naturaleza" ya que ésta se gobierna por leyes a los prescritos por el hombre para delimitar las distintas competencias.

Los bienes públicos "artificiales" pueden ser desafectados por hechos humanos, es decir, realizados por autoridades públicas ejemplo: el cierre definitivo de un camino al tránsito; el cambio de -- destino de un edificio público etc.

Tratándose de la desafectación de bienes públicos artificia-- les, la competencia para efectuarla es local o provincial, como hemos visto anteriormente, todo ello sin perjuicio de la eventual facultad del Estado para desafectar los bienes públicos artificia-- les que el posea en territorio provincial.

La destrucción de las cosas públicas por terceros nada tiene que ver con la desafectación de tales cosas. La desafectación se rige por el derecho administrativo; la destrucción de las cosas públicas queda regida, en general, por el derecho penal y eventual-- mente por el derecho internacional público en tiempo de guerra.

e) FORMAS DE LA DESAFECTACION: Cuando estudiabamos la afectación, veíamos que ella podía resultar de una "manifestación de voluntad" del poder público (ley o acto administrativo) o de "hechos" y que tales formas o modos de operarse la afectación o consagración, vinculábanse a la división de los bienes públicos en "naturales" y "artificiales".

Esos modos o formas de operarse la afectación, son de estricta aplicación respecto a los modos o formas de efectuarse la desafectación.

La desafectación, como lo hemos estudiado anteriormente, puede consistir en una manifestación formal; o puede consistir en hechos, que pueden ser naturales o humanos.

Ambos tipos de desafectación pueden referirse a bienes naturales como a bienes artificiales. Las formas de la desafectación dependen de la índole del bien de que se trate (natural o artificial) y del alcance de la misma, es decir, según deje o no subsistente la individualidad de la cosa

1o) DESAFECTACION FORMAL:

Con respecto a los bienes del llamado dominio público "natural" debemos distinguir entre la simple desafectación que deja subsistente la individualidad de la cosa y la desafectación por transformación del bien, el que en tal supuesto cambia de indivi

dualidad. Hemos visto que la desafectación de un bien público natural, que deja subsistente la individualidad de la cosa, da como resultado el cambio de la condición jurídica del bien, que de público se convierte en privado; pero la naturaleza física de la cosa en sí, no se altera, no se modifica.

La facultad para efectuar esta clase de desafectación, le corresponde al Estado, porque siendo una consecuencia de tal afectación, el cambio de la condición legal del bien, que de público se convierte en privado, ella se traduce o resume en una cuestión substantiva o de fondo: la de estatuir sobre el carácter jurídico de las cosas, cuya facultad, pertenece a la esfera de competencia del Estado. Dicha desafectación debe realizarla el Estado mediante ley formal, porque estando determinado en una ley el carácter jurídico de las cosas, el cambio o alteración de tal carácter debe ser objeto de otra ley, de acuerdo al principio de que las leyes sólo se derogan por otras leyes.

Con respecto a la desafectación por transformación o especificación, en cuyo mérito el bien desafectado deja de ser dominial y se convierte en privado, la facultad para realizarla es local provincial, pero por tratarse de un acto que implica "disposición", tal facultad deben ejercerla las provincias en base a una ley formal dictada por ellas; pero eventualmente podría hacerlo

por acto administrativo fundado en ley.

Lo que hemos visto anteriormente se refiere a las formas de la desafectación de los bienes públicos naturales; respecto a los bienes públicos artificiales, la desafectación formal puede dar como resultado la extinción del bien o el simple cambio de su condición jurídica. En el primer caso, el bien o cosa deja de subsistir, como tal, para el futuro: pierde su individualidad, la facultad para efectuar esta clase de desafectación, es local o provincial, mediante ley o acto administrativo.

En el segundo caso, la desafectación sólo produce un cambio en la condición jurídica del bien, cuya individualidad subsistente, no se altera. La facultad para efectuar esta clase de desafectación es también local o provincial, mediante ley o actos administrativos.

Si se tratare de bienes públicos artificiales del Estado, ya sea que dichos bienes estén o no ubicados en territorios de las provincias, la desafectación de los mismos, puede realizarla el Estado por los mismos medios que al respecto pueden emplear las provincias, o sea, mediante ley o actos administrativos.

2o) DESAFECTACION POR HECHOS:

Como hemos visto, la desafectación puede también efectuarse

por hechos, sean éstos de la naturaleza o del hombre, ya se trate de bienes naturales o artificiales.

En este párrafo sólo nos referiremos a los hechos "humanos", ya que como hemos estudiado, los hechos de la naturaleza, por responder a otro tipo de leyes, hállase al margen de las formas jurídicas ideadas por el hombre para darle validez a sus actos.

La desafectación de los bienes públicos, por hechos humanos o del hombre, sólo se aplica a bienes artificiales, ya que los bienes naturales no pueden ser desafectados por hechos del hombre, por las razones siguientes: a) porque tratándose de bienes naturales cuya individualidad no se altera o transforma a raíz de la desafectación, la facultad para realizarla le corresponde exclusivamente al Estado, quien debe proceder al respecto, mediante ley formal y, b) porque, tratándose de bienes naturales cuya individualidad se altera o transforma a raíz de la desafectación, la facultad para efectuarla es local o provincial, debiendo ejercerla mediante ley formal o mediante acto administrativo fundado en ley, por tratarse de un acto de disposición.

Para que el "hecho" surta efectos de desafectación se requiere que provenga de las autoridades públicas o cuente con el consentimiento de las mismas. La desafectación de los bienes públicos de origen "artificial" no requiere formas especiales ni sa-

cramentales; la voluntad estatal puede manifestarse en forma expresa o en forma tácita; sólomente se requiere que la desafectación sea efectuada por la autoridad competente para realizarla. Por lo tanto, los hechos de los particulares o administrados por sí sólo, son inhábiles para operar la desafectación de los bienes públicos; requieren necesariamente el asentimiento de las autoridades.

C A P I T U L O I I I

U S O D E L D O M I N I O P U B L I C O

a) CONCEPTO DE USO COMUN:

La mayoría de los autores consideran, que el uso común de los bienes de dominio público es él que puede ser ejercitado por cualquier administrado, sin que se requiera una cualificación especial de éste; ni siquiera la cualidad de nacional es necesaria. Es decir, no se necesita ninguna concesión o permiso especial para poder hacer uso del mismo. Es un derecho que se tiene por la sola circunstancia de habitar en un momento determinado un territorio o en términos más humanos por la condición de Persona. A los bienes considerados por ese Estado como de uso público común tienen pues derecho todas las personas. No obstante, lo anterior no -- conlleva de nuestra parte un derecho a la propiedad de los mismos, sino el derecho al uso y goce de dichos bienes.

El uso común de los bienes de dominio público puede derivar de la naturaleza misma de esos bienes o de la naturaleza del acto de afectación; en el primer caso tenemos por ejemplo, las -- playas del mar dentro de ciertos límites establecidos por las -- leyes; en el segundo caso se podría señalar la apertura de una autopista que nos da la libre posibilidad de transitar por ella, ya que están abiertas a la colectividad entera; pero su utiliza-

ción en concreto la realizan las personas que en determinado momento transitan por ellas. Esa utilización singular origina cierta individualización del uso y proyecta ciertas consecuencias importantes, especialmente en cuanto a la naturaleza del derecho de las personas sobre los bienes estatales.

Por regla general el uso de esos bienes es libre y no está su jeto a ninguna formalidad, aunque en ciertos casos puede exigirse el cumplimiento previo de determinados requisitos (el caso de vehí culos, que para poder circular, necesitan de cierta autorización).

El uso común además de libre, es por regla general, gratuito, aunque en ciertos lugares está sujeto a una tarifa o tasa que tie nen por objeto financiar determinadas obras de servicio público, o el mantenimiento de las mismas.

Interesante resulta delimitar la situación jurídica de los par ticulares en relación a los bienes de uso común y aquí hay que tener presente dos situaciones diferentes: En aquellos casos en que se prohíba a los particulares el uso de bienes públicos destinados a un fin determinado, porque se trata de actos que vulneran auténticos derechos subjetivos y aquellos casos en que se dan me didas singulares de exclusión o prohibición del uso común a un particular en concreto; podríamos citar como ejemplo, las ordenan zas de policía que prohíben cazar o pescar en determinado lugar.

Fuera de estos casos, el derecho que tienen todos los habitantes es el de usar los bienes de dominio público en la forma y condiciones en que ellos estén abiertos al público.

b) USO ESPECIAL O PRIVATIVO SOBRE LOS BIENES DE USO PUBLICO:

Además del uso común proporcionado a todos los habitantes de la República, de los bienes del Estado, éstos pueden ser objeto de utilizaciones privativas por ciertas personas, es decir, utilizaciones que en distintos grados, excluyen el uso común, sobre una porción del bien, pero sin impedir que el bien, considerado en su totalidad cumpla su destino para el uso general, como por ejemplo: aquellos lugares de estacionamiento exclusivos para vehículos automotores, livianos o, la colocación de postes, tuberías etc. (en calles públicas) para el funcionamiento de otros servicios públicos de igual importancia, tales como el teléfono, agua, luz, etc.../...

Según los fines que se persiga por las concesiones de las utilizaciones privativas, hay que distinguir: 1) las que tienen por objeto facilitar actividades individuales privadas, como por ejemplo: los quioscos de venta de revistas que en la actualidad se permiten en los parques de San Salvador etc.....; 2) Las que se otorgan a los particulares para procurar una mejor utilización conforme a su destino habitual, por ejemplo, los permisos que se les hace a personas para que en sitios públicos se instalen parques de

diversiones, en las ferias de cada pueblo; 3) Las necesarias para el funcionamiento de los servicios públicos, por ejemplo: el caso de la ANTEL que rompe-calles para hacer instalaciones telefónicas o la ANDA para colocar tuberías; y 4) Aquéllas necesarias para que ciertos bienes puedan lograr sus fines específicos, por ejemplo: el otorgamiento de puestos en los mercados y nichos en los cementerios.

Según la forma de utilización de los bienes privativos, se puede hacer la siguiente clasificación: 1) Las de mero uso del bien (los estacionamientos reservados para las embajadas en las vías públicas); 2) las de uso del bien, pero otorgado a empresas, como por ejemplo: los restaurantes que tienen una determinada asociación en los lugares públicos.

Creemos que lo que en doctrina se considera como permisos de utilización privativa, en la gran mayoría de los casos, tipifican concesiones estatales o configuran autorizaciones de uso común.

Hay que tener presente que todos los habitantes tienen derecho al uso común de los bienes estatales, pero, ninguna persona, por su sola condición de tal, tiene derecho a exigir de la administración una utilización privativa. Siendo la Administración titular de tal dominio, sólo un acto específico de tolerancia de aquélla puede facultar al particular para realizar este uso.

Estas autorizaciones tienen las siguientes características:

1o) Que no deben confundirse con ordenanzas de policía, porque éstas suponen la remoción de una traba que se opone al ejercicio de un derecho que ya tiene el particular.

2o) Estos permisos o autorizaciones en el fondo son actos administrativos unilaterales.

3o) El acto de autorización, es en general, revocable, lo que determina una situación jurídica especial para el autorizado, por que el derecho del usuario se limita a poder utilizar el dominio en la forma autorizada y mientras la autorización esté vigente;

4o) El otorgamiento de este permiso puede someterse o estar exento de cualquier tasa. Su fundamento está en la titularidad que a la administración corresponde. Aunque la tasa no sea elemento necesario del uso especial, su admisión puede ser indicio de su existencia, por ejemplo: el aparcamiento de vehículos en la vía pública puede significar uso especial cuando está sometido al pago de una tasa (parquímetros).

CARACTERES DEL USO ESPECIAL O PRIVATIVO:

1) El acto que concede el uso especial o privativo, es un acto administrativo, es un acto jurídico o declaración de voluntad que produce efectos jurídicos. Es un acto unilateral de la administración, que se perfecciona por la sola manifestación de voluntad de ésta, sin que para su nacimiento sea necesaria la concurrencia

de la voluntad del concesionario o permisionario. Este solicita la concesión o permiso y una vez otorgada por el órgano competente, expresa su aceptación; pero el perfeccionamiento del acto se produce unilateralmente por la voluntad de la Administración, aunque esto no significa que no exista una reciprocidad de derechos y obligaciones; en este aspecto es un acto que puede ser bilateral en cuanto a sus efectos (derechos y obligaciones que crea); pero es unilateral en cuanto a su perfeccionamiento; 2) Es un acto de "concesión" y no de autorización. El acto de autorización es un acto administrativo ya que remueve un obstáculo para el ejercicio de un derecho que ya se encuentra en la esfera jurídica de un individuo (para edificar en sitio propio, por ejemplo, se requiere un permiso de la autoridad municipal, que es un permiso de policía, o un acto de autorización para ejercer un derecho que se tiene). En cambio el acto de concesión hace ingresar a la esfera jurídica de un individuo un poder o derecho que antes no se hallaba en esa esfera. El uso común es de todos, pero el uso preferencial no; de modo que para que éste surja es necesario un acto de concesión de la autoridad competente; 3) El acto que otorga un uso especial es discrecional de la Administración. El órgano competente califica la conveniencia de otorgarlo y actúa en consecuencia; el interesado no puede exigir que se le otorgue, por cuanto que el -

uso común de los bienes públicos corresponde a todos los habitantes; 4) El uso especial a diferencia de lo que ocurre en el uso común el cual es anónimo, está individualizado, puesto que se trata de un acto que otorga una facultad, un poder especial; 5) Está también determinada la parte del bien de uso público que es objeto del uso u ocupación preferencial, puesto que sobre esta parte se va a ejercer esta facultad especial; 6) El uso especial es exclusivo; se sustrae parte del bien nacional de uso público al uso común y se atribuye al uso privativo de una persona, el usuario; 7) El uso privativo o especial no puede ocasionar una perturbación grave en el uso común; es decir, este derecho que se otorga a una persona debe ser compatible con el uso general. Así, no se podría otorgar válidamente un permiso para colocar un quiosco de periódicos en la acera, si ésta es tan angosta que el quiosco de periódicos hace imposible el tránsito de personas; 8) El uso especial sobre bienes públicos se da, por regla general, en forma onerosa, es decir, a cambio de un pago que se obliga a efectuar el permisionario o concesionario; 9) El uso especial o privativo, es siempre precario, esto es, que está supeditado al interés público; si en este interés la autoridad que lo otorgó decide ponerle término, cesa el uso preferencial. En el Derecho Público, las situaciones son siempre revocables cuando se hacen incompatibles -

con el interés general; 10) El uso común es siempre normal, en el sentido de que ha de conformarse al fin para el que está destinado; así, el uso de una acera consistirá en el tránsito de personas, porque ese es el uso normal. En cambio, el uso preferencial o especial sobre bienes públicos puede ser, en este sentido, normal o anormal; si se concede permiso de ocupación sobre una acera para instalar un servicio de atención al público, con mesas y sillas y si se otorga una concesión sobre un pedazo de playa para una residencia veraniega, por ejemplo, habrá un uso anormal, no conforme al fin del bien; pero si se otorga permiso a una persona para estacionar vehículos en la vía pública, a cambio de una tasa y con exclusividad, habría un uso normal, porque ese uso se conforma al destino de la vía pública.

PERMISO Y CONCESION, SUS DIFERENCIAS.

Ya anteriormente habíamos visto que unos de los caracteres principales de las dependencias del dominio público son la generalidad del uso de los habitantes, dentro de las reglamentaciones de las autoridades administrativas y la gratuidad de ese uso, regla que puede sufrir excepciones en casos determinados por la ley. Por excepción a la primera característica, la administración pública puede conceder permiso de uso especial de los bienes públicos,

lo que daría lugar a hacer una distinción importante en cuanto a la naturaleza, extensión o intensidad del uso concedido, como al acto que lo constituye. O sea, que dicho acto puede dar lugar a dos figuras jurídicas que en el Derecho Administrativo se denominan CONCESION Y PERMISO.

La diferencia que existe entre la concesión y el permiso no es tanto externa, material, sino más bien jurídica. Por ejemplo: el carácter común en lo transitorio o precario de la ocupación temporal y exclusiva de una parte del dominio público, se acentúa más en el permiso que en la concesión; un estacionamiento momentáneo en la vía pública no supone desde luego, ni exige permiso de ocupación, ni concesión de uso.

Lo que distingue principalmente estos usos especiales o privativos a que estamos aludiendo, es el fin inmediato del permiso o de la concesión de uso, por una parte y la naturaleza jurídica del acto administrativo, por la otra.

El permiso se otorga, generalmente, en interés exclusivo del que lo obtiene, o sea, que predomina el interés individual sobre el general; en cambio en la concesión de uso, priva el interés de la obra pública o sea, el interés general. También se diferencian el permiso y la concesión, en cuanto a la naturaleza jurídica de los actos que les dan origen; el permiso es concedi-

do generalmente por la autoridad administrativa, es un acto esencialmente unilateral; esto es así, puesto que se trata de hechos o circunstancias que están comprendidos dentro de la facultad o poder discrecional de que la administración pública está investida; el permiso es en el fondo una mera tolerancia o liberalidad que la administración admite en el ejercicio de su poder de policía sobre los bienes públicos, de lo que se deriva que la administración pública puede revocar este permiso cuando lo considere conveniente.

A la concesión se le da casi invariablemente una forma contractual. En la concesión se distinguen dos situaciones atendiendo a su fin, según se otorgue en interés del concesionario principalmente o en interés del servicio público. En el primer caso crea para el concesionario derechos privados, personales y en el segundo caso, puede también atribuirle el ejercicio de derechos públicos, que pertenecen a la Administración Pública concedente. El derecho del concesionario cesa con la extinción de la concesión, principalmente al vencer el término o plazo de la misma.

En cuanto a los motivos o causas generales para la revocación del permiso y la concesión encontramos principalmente dos que les son comunes a ambos: 1) El incumplimiento por parte del concesionario o del que ha obtenido autorización o permiso, de

las condiciones impuestas por la autoridad administrativa que las ha otorgado; y 2) Por motivo de interés público. En el primer caso podemos citar como ejemplo: falta de pago de la tasa establecida para la concesión o permiso, terminación del plazo fijado para la ejecución de la obra que es motivo de la concesión, sin que se haya realizado, etc... y en el segundo caso, podemos citar como ejemplo: motivos de seguridad, higiene y aún de estética. Pero lo que diferencia en este caso al permiso y a la concesión es que, en el permiso puede la administración revocarlo sin necesidad de expresar la causa por la cual la hace, en cambio en la concesión, la administración debe expresar el motivo o causa por la cual la revoca.

c) NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO AL USO ESPECIAL
O PRIVATIVO SOBRE BIENES PUBLICOS:

1) Hay autores, que tratándose del permiso, ven en él una situación de mera tolerancia y otros, un permiso de policía o acto de autorización que declara un derecho a usar el bien en -- cuanto no perjudique la afectación al uso común. Pero se entiende que el permiso de ocupación de un bien público es precisamente un acto administrativo en virtud del cual se concede este derecho, que antes no estaba en la esfera jurídica del permisionario. No es, entonces, un acto de "autorización" o simple "permiso de policía", sino un acto de concesión, que otorga un derecho nuevo;

ni tampoco puede asimilarse a una situación de "mera tolerancia", puesto que hay manifestación expresa de voluntad.

2) Otros juristas, entre ellos don Leopoldo Urrutia sostienen, especialmente tratándose de la concesión sobre bienes públicos, que es un "derecho real de uso". En un artículo publicado en la Revista de Derecho, Tomo XII de la República de España se expresa que "la ley", en interés de la industria, de la agricultura y de la comodidad de los habitantes, concede un derecho particular de uso y goce que no puede importar, en el hecho, sino una propiedad utilizable y transferible como cualesquiera bienes comerciales del dominio privado."

Se puede concluir que, adquirido el uso, por ejemplo de una calle o del subsuelo de ella para fines lícitos, respecto de él, se constituye un derecho de propiedad perfecto. Este tiene el carácter de verdadero derecho real, pues se ejerce sobre una cosa para el fin que se ha concedido y toca respetarlo sin determinación de sujeto. No es igual al derecho real que contempla el Código Civil, pero es un derecho real, si se quiere innominado y que puede ser amparado por todos los medios legales.

3) Otros autores ven al derecho al uso especial o privativo sobre bienes públicos, como "un derecho real de naturaleza administrativa", doctrina formulada especialmente por Haurion. No

puede ser, expresan, un derecho real de carácter privado, porque ésta expuesto a revocarse por acto de la autoridad, pero es un derecho real administrativo, precario. No da acción posesoria contra la Administración concedente, pero sí contra terceros.- Existe: a) un comercio jurídico de la vida administrativa; b) un conjunto de derechos reales, especialmente administrativos; y c) una serie de operaciones, especialmente administrativas, para la constitución de estos derechos reales. Estas situaciones se distinguen por el hecho de no hallarse jamás completamente ausente de ellas el elemento de precariedad que impide que la enajenación sea completa, en el sentido civil de la palabra.

4) Y por último, algunos tratadistas, manifiestan que, "hay derechos subjetivos de carácter público", condicionados o debilitados, cuya existencia depende de su compatibilidad con el interés público; son derechos subordinados al interés público y por lo tanto, expuestos a extinguirse si la condición bajo la cual nacieron se cumple, esto es, si el interés público así lo exige y se efectúa su revocación por la autoridad competente. Entre estos derechos subjetivos, se encuentra el derecho al uso especial sobre bienes públicos, sea del permisionario o del concesionario. Creo, a mi modo de ver, que ésta es la opinión me-

por fundamentada.

Puede decirse que derecho subjetivo es un interés protegido por una norma directamente en favor del titular de ese interés, a quien la misma norma otorga medios idóneos y directos para actuar. Interés legítimo, en cambio (que no alcanza a ser derecho subjetivo) es un interés individual que aparece indirectamente protegido por una norma legal dictada en el interés público, por estar aquel interés individual estrechamente vinculado a este interés público. Tal sería el ejemplo de los vecinos que reclaman contra el acto de autoridad que autorice una industria insalubre en un barrio residencial. La norma infringida por la autoridad es dictada en el interés de la sociedad en general; pero el interés de los vecinos de la industria, aparece indirectamente protegido por aquella norma; es un interés legítimo.

El usuario preferencial tiene un derecho subjetivo porque es titular de un interés protegido directamente y no solamente por las normas generales y comunes a todos; por medio de un acto administrativo creador de una situación subjetiva ha nacido el permiso o la concesión. Como también ha nacido por un acto del Estado, a travez del órgano competente, es un derecho subjetivo de carácter público y es finalmente, un derecho condicionado o debilitado, porque ha nacido bajo la condición de extinguirse

cuando se incompatibilice con el interés público, por medio de la revocación dictada por el concedente.

Como es un derecho subjetivo y no sólomente un interés legítimo, está protegido por medios de acción legales que corresponden directamente al titular. Frente a terceros, éste tiene acciones posesorias contra toda turbación o embarazo de su derecho, y tiene también, acción de indemnización de perjuicios, si se le causa un daño. Frente a la Administración, si la actuación de éste la causa un daño, tiene también acción de perjuicios; pero carece de acciones posesorias en su contra, porque éstas suponen una situación de igualdad en las partes en conflicto y entre la Administración y los usuarios de bienes públicos hay desigualdad jurídica; los conflictos los resuelve aquélla directamente, sin la intervención de los Tribunales Ordinarios. Pero podría el usuario reclamar ante la propia Administración por la vía graciosa o jerárquica de cualquier acto de ésta que fuere lesivo de su derecho; podría también deducir el recurso de nulidad ante los Tribunales Administrativos como lo podría hacer el titular no ya de un derecho subjetivo, sino de un interés legítimo.

Como titular de un derecho subjetivo podrá, además deducir el recurso de plena jurisdicción ante los Tribunales Administrativos, cuando la Administración revocare ilegítimamente el acto de -

concesión o permiso con desviación de poder, porque la Administración puede revocar discrecionalmente, calificando el interés público, pero no arbitrariamente o ilegítimamente, para favorecer a un tercero; podría deducir el mismo recurso si la Administración perturba el derecho, sin que medie ninguna causa legítima de extinción del mismo, como la revocación a la caducidad.

d) EXTINCION DEL USO ESPECIAL.

El Art. 5:3 del Código Civil dispone que "sobre las obras que con permiso de la autoridad competente se contruyan en sitios de propiedad nacional no tienen los particulares que han obtenido este permiso, sino el uso y goce de ellos y no la propiedad del suelo."

Hay pues, como hemos visto, derecho al uso y goce privativo - especial sobre los bienes, pero no la propiedad del suelo. Continúa el artículo manifestando: "abandonadas las obras, o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo por ministerio de la ley al uso y goce privativo del Estado, o al uso y goce general de los habitantes, según prescriba la autoridad competente."

El abandono de las obras y el vencimiento del plazo por el cual se otorgó el uso especial son causales de extinción del mismo.

Se extingue también por el cumplimiento del objeto de la concesión o el permiso. Asimismo, se sostiene generalmente que la con

cesión se otorga intuito personae y por tanto, se extingue con la muerte y la quiebra del beneficiario; se extingue igualmente por la renuncia de éste.

La desafectación del bien público produce, lógicamente, la extinción del uso especial, ya que éste supone la existencia de un bien de uso público.

Las principales causas de extinción del uso especial o privativo son: la "caducidad" y la "revocación".

La Caducidad: es el acto en virtud del cual la Administración pone fin al permiso o la concesión por incurrir el beneficiario en el incumplimiento de las obligaciones que su calidad de permisionario o concesionario le impone; como en el caso de que no pague las tarifas o hace un uso indebido del bien público.

Lo anterior equivale a lo que en derecho privado es la resolución, es decir, la extinción de un contrato por incumplimiento de las obligaciones de un contratante; pero la caducidad se declara, no por el Juez, como en el caso de la resolución, sino por la Administración; es un acto Administrativo y no jurisdiccional.

Hay reglamentos en que expresamente se contemplan los casos de caducidad y se suelen también estipular en el acto de la concesión. Tal es el caso del Reglamento de Concesiones Marítimas en la legislación española que establece por ejemplo, que com--

probada la circunstancia de que un concesionario se encuentra en mora del pago de las rentas a que obliga ese mismo Reglamento, se procederá a decretar la caducidad inmediata de la concesión, siempre que el Gobierno lo estime conveniente y sin perjuicio del cobro judicial que corresponda.

En el caso de que la Administración declare injustamente la caducidad, si el acto de caducidad es ilegítimo, sea porque no hay incumplimiento de obligaciones, sea porque este incumplimiento no es imputable al concesionario, éste puede deducir ante los Tribunales Administrativos el recurso respectivo y ante los Tribunales Ordinarios, si aquéllos no existen, la acción de perjuicios correspondientes.

La Revocación: es el acto por el cual la Administración pone fin al permiso o la concesión, fundada en que el interés público así lo exige, es decir, calificando la conveniencia u oportunidad del acto, o sea, por razón de mérito.

Como ya se ha visto anteriormente, el usuario tiene un derecho subjetivo de carácter público, condicionado al hecho de que la Administración lo revoque en el interés general, de manera que si esta condición concurre, debe extinguirse aquel derecho.

Como todo acto administrativo la revocación debe ser legítima y si no lo es, porque no hay en realidad interés público com-

prometido en élla, puede recurrirse ante los Tribunales Administrativos por "desviación de poder".

Fuera de la revocación antes mencionada, o sea por mérito, como acto administrativo que es, el de la concesión o permiso puede revocarse por ilegitimidad, por la propia Administración, la revocación por esta causa toma el nombre de invalidación. Para que ello ocurra es menester que el acto adolezca de algún vicio legal; es obvio que por producirse aquí el efecto de retrotraer las cosas al estado en que se hallaban al otorgarse el acto -como en la nulidad- no hay derecho a indemnización para el beneficiario.

En el caso de la revocación por mérito, tampoco habría derecho a la indemnización para el concesionario, ya que su derecho subjetivo estaba, sujeto a la condición precisa de revocarse en el interés público. Otra cosa es que si no puede retirar las obras que él ha construido en el terreno objeto de la concesión, porque dichas obras acceden al Estado, tenga derecho a exigir su resarcimiento, ya que de otro modo se produciría un enriquecimiento injusto en favor del Estado y en perjuicio del ocupante.

C A P I T U L O I V

DEL DOMINIO PUBLICO EN PARTICULAR A-DOMINIO PUBLICO

TERRESTRE:

a) VIAS PUBLICAS: (CALLES Y CAMINOS)

Casi unánimemente se acepta que las vías generales de comunicación, ya sean urbanas o rurales, pertenecen al dominio público.

Para que ésto sea así, se requiere que la afectación de tales bienes se haya realizado válida y eficazmente, cumpliéndose con -- los requisitos que surjan del derecho positivo y de las enseñanzas de la ciencia jurídica.

Al no existir una afectación idónea, la calle o camino no revestirá carácter dominial, a pesar de que el público los utilice, tratándose en algunos casos de bienes particulares ilegalmente afectados al uso de todos, pero que a consecuencia de tal ilegalidad no adquieren carácter dominial. En otros casos se tratará de simples bienes privados pertenecientes a sus respectivos titulares.

Encontramos numerosos problemas de orden jurídico, suscitados por las calles y caminos. Aparte del problema de llevar el requisito de afectación, podemos mencionar los siguientes: 1o) Su alinegción, con sus derivados sobre apertura de nuevas vías y ensanche de las existentes; 2o) su desafectación; 3o) el cambio o alteración del nivel de las vías públicas; 4o) la reparación y demolición de edificios colindantes con la vía pública, que amenacen ruina; 5o)

la policía de tales vías; 6a) la clausura provisoria o temporaria de los caminos; y 7o) lo atinente a la jurisdicción sobre los caminos.

1o) Las vías públicas deben ser deslindadas con relación a las propiedades privadas que con ellas lindan, a fin de establecer hasta donde se extiende la vía pública y hasta donde la propiedad particular que linda con la misma. Esta operación mediante la cual la Administración Pública fija el límite entre la vía pública y los predios colindantes se llama "alineación" y la facultad de la Administración para llevar a cabo esta alineación constituye un poder inherente a la dominialidad; derivado de la tutela que aquella ejerce respecto a las dependencias del dominio público. La alineación se concreta jurídicamente en un acto administrativo.

Mediante la alineación, la Administración Pública cumple una función a su cargo: mantener el trazado y uniformidad de las vías públicas, lo cual está vinculado a la estructura de los Centros de población.

No debemos confundir la "alineación" con la "delimitación", ambas se refieren a la fijación de los límites de dependencias dominiales con relación a predios privados colindantes, pero se refieren a distintas especies de bienes públicos: la "delimita-

ción" contempla los bienes de origen natural, declarados públicos por el legislador Ej: un río, un lago etc: en cambio, la "alineación" contempla a los bienes declarados públicos por el legislador pero cuya existencia u origen depende de un hecho humano Ej: una calle, un camino. La diferencia entre estas dos operaciones no es sólo terminológica, sino que se traduce en sus efectos; la delimitación es simplemente "declarativa" de dominio, en tanto que la "alineación" puede ser "constitutiva" o "traslativa" de dominio, dando lugar, mediante el respectivo procedimiento legal, a la adquisición de terrenos para la apertura de nuevas calles y caminos o para el ensanche de los existentes

(11)

De lo expresado anteriormente se desprende que ningún administrado, frentista o colindante con calles o caminos públicos, debe realizar construcciones, sin que previamente la Administración Pública haya establecido los límites de esas dependencias dominiales, fijando la llamada "línea de edificación".

De la naturaleza y efectos de la alineación, se vinculan los problemas relacionados con la apertura de nuevas vías y con el ensanche de las existentes, pues éstas requieren que las respectivas propiedades privadas se incorporen al dominio público en calidad de nuevas vías o de ensanche de las que ya existen.

(11) Villegas Basavilbaso, Tomo IV, página 361, nota 28.

2o) Las vías públicas (calles y caminos) pueden ser "desafectadas", perdiendo así su carácter de bienes dominiales; dicha desafectación puede crearles específicos problemas a los propietarios frentistas o colindantes. Ej: si éstos tienen o no un derecho a ser resarcidos por el Estado en tales circunstancias.

3o) Como una consecuencia de obras o trabajos públicos, las calles y caminos pueden experimentar cambios o alteraciones en el nivel que ya se les había asignado, los que pueden generarles perjuicios a los propietarios frentistas o colindantes. El menos-cabo que el frentista o colindante reciba en su patrimonio a raíz de ese cambio de nivel le otorga derecho a ser resarcido.

Cambio de nivel no es lo mismo que cambio de línea de edificación; trátase de cuestiones distintas que se rigen por sus propios principios. El nivel contempla la relación entre la propiedad privada lindera a la vía pública, desde el punto de vista horizontal, respecto a un mismo plano, es decir respecto de la "altura" de una propiedad con relación a la otra. En cambio, la línea de edificación toma en cuenta la vinculación entre la propiedad privada y la vía pública en cuanto al "limite", externo o lateral, de una respecto a la otra, dicha línea tiende a fijar la separación entre el dominio público y el privado, estableciendo hasta donde se extiende uno y otro.

4o) Lo concerniente a la separación y demolición de edificios que amenacen ruina, se vincula al régimen de las vías públicas -- con que aquéllos lindan; ésto es así dadas las consecuencias que el mal estado de tales edificios puede determinar en el uso de las calles y caminos, ya que el estado ruinoso de un edificio no sólomente puede causar víctimas entre los transeuntes al derrumbarse sobre la vía pública, sino que, además, puede obstruir u obstaculizar el uso de ésta.

Lo relacionado con la separación y con la demolición de edificios colindantes con las vías públicas, que amenacen ruina, integra el contenido del poder de policía sobre esas dependencias dominiales. Su ejercicio por parte de la Administración Pública es discrecional (12); pertenece a la llamada "discrecionalidad técnica", pero la ejecución de todo ésto requiere, por parte de la Administración Pública, el cumplimiento de ciertos requisitos que representan o constituyen las garantías básicas del debido proceso legal. La Administración Pública debe requerir informes a sus cuerpos técnicos y antes de proceder por sí a la demolición o reparación del edificio que amenace ruina, debe notificar y emplazar al propietario, bajo el apercibimiento de que si éste no cumple con lo ordenado, la propia Administración realizará por cuenta de él las obras o trabajos necesarios.

(12) Bielsa, Rafael: Tomo IV, página 107.

5o) Con respecto a la "policía" de las vías públicas, hay que distinguir dos cuestiones que difieren entre sí: la policía de la circulación o tránsito y la policía de la vía pública considerada como dependencia dominical. La policía de circulación se vincula a la jurisdicción sobre las vías públicas.

La policía de las vías públicas, consideradas éstas como dependencias dominicales, es local o provincial.

Respecto a los colindantes de las vías públicas, los respectivos poderes de la Administración Pública son menos intensos que con relación a los habitantes en general. Así, si en un dado caso, las autoridades públicas prohibieren el tránsito por una determinada calle, la prohibición no debe alcanzar a quienes deban o deseen transitar por esa vía al solo efecto de regresar a sus domicilios.

6o) Con respecto a la jurisdicción sobre las calles y caminos, ésta puede ser nacional o provincial, según los casos. Todo depende del camino o calle que se considere.

Para deslindar la jurisdicción nacional de la provincial, en materia de calles y caminos, la regla más segura es la que - manifiesta que: será nacional la jurisdicción sobre todo camino que sirva al tráfico o tránsito interprovincial o internacional, y será local o provincial la jurisdicción sobre todo camino que

sólo sirva al tráfico o tránsito interno de cada provincia.

Para que un camino se considere sujeto a la jurisdicción nacional, no basta con que, mediante sucesivas conexiones de caminos locales, pueda servir o sirva de hecho al tráfico o tránsito interprovincial o internacional. Es necesario que forme parte de una red troncal que forme un sistema.

Cuando un camino está sometido a la jurisdicción provincial, ésta se extiende a todos los aspectos; sobre el tránsito en sí mismo, como sobre todas las demás materias en que se manifieste la actividad social. En cambio, cuando se trate de caminos sujetos a la jurisdicción nacional, ésta sólo se hace efectiva sobre el tránsito en sí mismo, más no en lo que respecta al resto de actividades que reflejan la vida social (costumbres, higiene etc.) trátase de jurisdicciones que no interfieren, pues tienen distinto objeto.

Los caminos que hoy llamamos nacionales, antiguamente eran denominados "caminos reales".

7o) Hay oportunidades en que el uso de los caminos puede dañarlos, ocasionando su deterioro, es lo que ocurre al utilizarlos, sobre todo con vehículos pesados, después de grandes lluvias o luego de reparaciones aún no consolidadas. En tales casos la autoridad competente puede disponer la clausura o cie-

re provisorio o temporario del camino, hasta que el temor de daño haya desaparecido. Esta es una medida de "policía" de la cosa del dominio público, que tiende a la tutela o protección material o física de la dependencia dominial, tal es su naturaleza y sustancia; constituye una medida de buena administración y su procedencia se haya supeditada a una cuestión de hecho, cuya apreciación depende de la discrecionalidad de la Administración Pública.

b) CEMENTERIOS Y SEPULTURAS:

El derecho del hombre a que su cadáver reciba sepultura y no quede expuesto a la interperie o el abandono, constituye en las sociedades civilizadas, un atributo o prerrogativa inherente a la personalidad.

Todas las comunidades humanas desde su origen, se preocuparon de la protección de sus muertos, ésto nos coloca frente a la noción de cementerios y de sepulturas.

En cuanto al régimen jurídico de los cementerios y sepulturas, éste es esencialmente publicístico, de derecho administrativo. Tal es lo que ocurre tratándose del cementerio, en sí mismo, considerado como bien dominial y de las relaciones entre el concedente (Estado) y el concesionario, titular de la sepultura; - las otras relaciones entre este titular y los terceros, si bien pertenecen al derecho privado, sólo pueden desarrollarse o llevarse a cabo dentro de lo que permitan o consientan las normas

o principios de derecho administrativo que rijan la respectiva -
concesión (13) La naturaleza administrativa o publicística del
derecho emergente de una concesión de sepultura (o sea, una con-
cesión de uso del dominio público), sigue caracterizando y dándole
le sustancia al derecho de sepultura, aún respecto a terceros.

Los casos judiciales relacionados con sepulcros, dado el ori-
gen del derecho sobre éstos y la verdadera naturaleza jurídica de
los mismos, deberían conocerlos Jueces especializados en derecho
público, pero como generalmente estos casos surgen como incidentes
en juicios sucesorios, tales materias son debatidas ante Jueces
en lo Civil, quienes en sus resoluciones no aplican las correspon-
dientes reglas de derecho público.

Entre el Cementerio y la Iglesia, o mejor dicho, entre el Ce-
menterio y la religión, originariamente existe una vinculación -
íntima; los primitivos lugares de reunión de los cristianos fue-
ron los cementerios y, tal como ocurrió también en otras religio-
nes, los cristianos comenzaron a construir sus capillas en los -
cementerios.

Por mucho tiempo, las tumbas quedaron y estuvieron bajo la
custodia de la religión, posteriormente los cementerios fueron
secularizándose, quedando así bajo la custodia y poder de la au-
toridad civil.

(13) Villegas Basavilbaso - Tomo IV, página 427.

La condición legal de los cementerios, ha variado a través de los tiempos; en el Antiguo Derecho (Romano y Español) la calidad de cosa "fuera del comercio", que revestían los cementerios, derivaba de su carácter de "cosa religiosa", en tanto que en el derecho actual, máxime después de la secularización de esos recintos, dicha calidad deriva de su carácter de dependencia del dominio público.

En el Derecho Romano los cementerios y sepulturas eran cosas religiosas; y además estaban fuera del comercio, no pudiéndose adquirir sobre los mismos, ningún derecho real. Los sepulcros eran imprescriptibles; la extracomercialidad surgía, pues del carácter religioso de la cosa.

En el antiguo Derecho Español, los cementerios y los sepulcros eran cosas religiosas, sobre las que no podría tenerse señoría; tales como eran imprescriptibles e inalienables.

Con respecto al Derecho Canónico, los cadáveres de los fieles debían sepultarse en un cementerio que estuviere bendecido; para sepultar a quienes no se les concedía sepultura eclesiástica, había otro cementerio. Las sepulturas y cementerios eran lugares sagrados; se permitía la transferencia de los sepulcros, con consentimiento de la autoridad eclesiástica.

Actualmente, habiendo desaparecido con la secularización el

carácter religioso de los cementerios, para resolver lo concerniente a su condición jurídica existen tres teorías doctrinarias: las que les atribuye carácter de bienes "privados" del Estado; la que los considera bienes integrantes del "dominio público" y una teoría ecléctica, según la cual los cementerios sólo en parte son bienes del dominio público, pues los "nichos" y "sepulcros" existentes en ellos son bienes privados del municipio y de los concesionarios.

Con respecto a los que sostienen a la naturaleza "privada" de los cementerios, se han invocado varios argumentos:

Que constituyen fuentes de recursos para las comunas, las que no sólo perciben los productos y frutos naturales del suelo, sino que otorgan concesiones onerosas. Además, como también existen cementerios particulares, sometidos al poder de policía, resulta que la afectación al servicio de inhumaciones y la vigilancia policial no son incompatibles con la propiedad privada. Este argumento es rebatible, pues ningún principio jurídico requiere que los bienes dominicales sean improductivos o que las concesiones de uso sean gratuitas; además si pueden existir cementerios particulares pertenecientes a algunas colectividades extranjeras, por ejemplo, que revisten calidad de cosas "privadas", ello obedece a que en tales supuestos no puede hablarse de domi-

nic público por no concurrir uno de los elementos indispensables para su existencia: el elemento "subjetivo"; y por último en lo atinente al poder de policía, es de advertir que éste se manifiesta sobre toda clase de bienes, sean públicos o privados y sobre toda clase de actividades.

Guicciardi sostiene el carácter privado de los cementerios, manifestando que, la actividad del Estado respecto a los cementerios no es exclusiva de él, pues también existen cementerios particulares; pero como la exclusividad de las respectivas funciones del Estado, es uno de los requisitos que deben concurrir para que la cosa respectiva pueda considerarse dominical, no concurrendo en este caso tal requisito corresponde negar el carácter dominical de los cementerios. Esta tesis es inaceptable pues su aplicación deja al margen de la dominialidad a ciertos bienes cuyo carácter público es aceptado por la generalidad de la doctrina.

Por su parte, Barraquero sostuvo el carácter privado de los cementerios, en base a que, las primeras leyes que se dictaron disponían la venta de las parcelas para construir sepulcros, y, que tales ventas implicaron una desafectación del respectivo bien público. Este argumento es también ineficaz, pues al emplear se ahí la palabra venta, se utilizó un término impropio, pues no

se trataba de venta alguna, sino de una concesión de uso sobre una dependencia del dominio público; tal es la verdadera esencia de esos actos. Las instituciones jurídicas no dependen del nombre que se les de, sino de sus elementos constitutivos, de su substancia y en cuanto al segundo argumento, no habiéndose tratado de una venta, sino de una concesión de uso, va de suyo que no puede atribuírsele a actos de esta índole efectos de desafectación.

Con respecto a la teoría ecléctica mencionada con anterioridad, esta es contradictoria e innecesaria, pues no tiene sentido que una zona del cementerio sea pública y otra privada. Las sepulturas son la esencia del cementerio; el cementerio es el complejo de accesos, tránsitos y sepulturas. Si atribuimos a esos accesos y tránsitos la cualidad de dominio público y la sustraemos a las sepulturas, no sólo se rompe la unidad del complejo, sino que lo esencial y determinante, la sepultura, pierde jerarquía y valor respecto a lo accesorio y adjetivo. En consecuencia si el cementerio es de dominio público, lo es por tener sepulturas, y, en consecuencia también, lo que se dice del cementerio en general, ha de repetirse de todos sus elementos componentes o integrantes: de los accesos, de los jardines, de las sepulturas, de las capillas y construcciones necesarias.

La teoría que más se impone es la que considera a los cemen

terios como dependencias del dominio público, con todas las consecuencias que de ello derivan.

Algunos autores, Mayer y Zanobini, entre ellos, si bien reconocen el carácter dominical de los cementerios, dicen que éstos constituyen un servicio público municipal. El cementerio constituiría un servicio público, en tanto que la sepultura traduciría el uso de ese servicio. Este criterio no es aceptable, ya que el cementerio, considerado como tal, no es un servicio público, sino que un bien del dominio público y en él el Estado, aparte de consentir su uso por los administrados, presta el servicio público de inhumaciones. Sobre la base de un bien dominical, cuyo uso tienen los administrados, existe además, prestación de un servicio público. Cada cosa del dominio público se usa de acuerdo a su naturaleza y destino; los cementerios se usan en la forma antes indicada.

c) UNIVERSALIDADES PUBLICAS:

No solamente las cosas inmuebles o las muebles, aislada o separadamente consideradas, pueden integrar el dominio público, sino también consideradas en su conjunto, formando un todo, siempre que ese complejo de cosas pertenezca a un mismo sujeto y se halle destinado a un fin único. Ese conjunto de cosas es lo que en derecho se denomina "universalidad pública".

La dominicalidad de las universalidades generalmente ha de -

resultar de su carácter de obra destinada a la utilidad o comodidad común. Estos elementos constitutivos de la universalidad, no es menester que hayan sido fabricados, confeccionados o realizados por el Estado; basta con que éste los organice y cree la universalidad. Ej: el Estado no crea los libros de la biblioteca, ni los cuadros del museo; es suficiente con que organizándolos, cree la biblioteca, el museo.

En las universalidades públicas no sólo reviste carácter dominical la "universalidad", el todo, sino cada uno de sus elementos constitutivos esenciales. Por ejemplo, tratándose de bibliotecas, museos etc., no sólo son públicos los museos y bibliotecas, sino también cada una de las piezas que los integran consideradas individual o aisladamente (libros, cuadros). Esto se explica por los siguientes motivos:

1o) Porque el carácter de cosa pública asignado a las universalidades, tiene por objeto colocarlas bajo un régimen jurídico especial que aparece como consecuencia, la de permitir su mejor custodia o tutela y la de facilitar su mejor utilización. Por lo tanto, no se concibe que las unidades que la integran, que son las que les dan substancia y constituyen la esencia de las universalidades, estén sometidas al régimen del derecho privado, que no permite una tutela o protección tan adecuada y enérgica del

respectivo bien.

2o) Porque no se concibe que el todo tenga una condición legal diferente a la de las partes que lo integran y con mayor razón, cuando son éstas las que le dan substancia y definen a ese todo y las que en definitiva permiten que la respectiva universalidad cumpla el fin que motiva su afectación al dominio público. En las universalidades dominicales, las cosas que las constituyen y les dan esencia, transmiten su cualidad a las demás cosas, formando ese todo jurídico.

Pertenecen también al dominio público, además de la universalidad en sí, no sólo los elementos esenciales que la integran, sino también los elementos accesorios que contribuyen o permiten la existencia y funcionamiento de la universalidad, Ej: tratándose se de bibliotecas y archivos, los armarios y estantes especiales, como también los ficheros, pues una biblioteca o un archivo no consisten ni pueden consistir en un hacinamiento de libros o documentos, debidamente clasificado y ordenado. Estos elementos son indispensables para la existencia y el funcionamiento de la universalidad, o sea, para que ésta pueda cumplir con su destino.

Las universalidades públicas pueden hallarse constituidas exclusivamente por muebles o por muebles e inmuebles. Ejemplo del primer caso sería el de una biblioteca pública instalada

en un edificio perteneciente al Estado, en cuyo caso, la dominicalidad abarca al conjunto: los libros y el edificio; otro caso igual al anterior sería el de los jardines zoológicos públicos.

Los elementos integrantes de las universalidades adquieren carácter dominical con su afectación al uso público, lo cual se produce cuando en forma efectiva y actual, aparecen destinadas a dicho uso. Es este uso efectivo y actual el que define la afectación y el que permite imprimirles carácter dominical a la cosa.

Así por ejemplo, tratándose de un museo público, la afectación de las cosas incorporadas al mismo se produce al ser puestas en situación de que el público las contemple o admire. El mero registro de la cosa en el inventario del museo no surte efectos de afectación, pues tal registro no traduce uso público actual y efectivo. Para que pueda hablarse de afectación, se requiere ineludiblemente la exhibición de la cosa; sólo así habrá uso público.

De tal manera que mientras la cosa no haya sido liberada al uso público, en forma actual y efectiva, no hay afectación en sentido jurídico: faltaría la "puesta en función" o la "puesta en uso" a que hace referencia la doctrina.

También las cosas constitutivas de las universalidades pierden su carácter dominical mediante su "desafectación", que se

produce con su retiro del uso público. Tal desafectación se opera en la forma que hemos visto al estudiar el Capítulo de la desafectación de los bienes público y varía o puede variar según la índole del bien de que se trate.

Desde el punto de vista jurídico, la universalidad es una aplicación de la teoría de lo principal y de lo **accesorio**, donde lo principal, sea mueble o inmueble, imprime su carácter y lo transmite a lo accesorio. El carácter dominical de una cosa no sólo puede resultar de una ley expresa, sino también recurriendo al procedimiento de la "interpretación jurídica", una de cuyas expresiones la constituyen los principios generales del derecho.

La teoría de las universalidades es útil y tiene proyecciones prácticas, permite determinar la condición legal de muchas cosas, cuyo carácter a veces resulta impreciso.

d) EDIFICIOS:

Se ha discutido mucho acerca de la condición legal de los edificios pertenecientes al Estado; cuando éstos son dependencia del dominio público y cuándo lo son del dominio privado. De ello depende el régimen jurídico aplicable al respectivo edificio.

Estas discusiones se dan porque los autores no se ponen

de acuerdo acerca de los caracteres constitutivos de la dominicalidad; concretamente estas siferencias de opinión obedecen al distinto concepto de los autores sobre el elemento "teleológico" o "finalista" como nota conceptual del dominio público, o sea si -- los bienes dominicales han de ser únicamente los destinados al uso directo de la colectividad o también al uso indirecto de ella. Los que sostienen lo primero, tienen un concepto restrictivo acerca de la dominicalidad de dichos edificios, pues sólomente serían públicos los destinados al uso directo de los habitantes, en cambio, los que sostienen el segundo criterio poseen un concepto amplio en lo que se refiere a la dominicalidad de los edificios, ya que no sólo pertenecerían al dominio público los edificios afectados al uso directo de la colectividad, sino también el uso indirecto de la misma.

Mayer sostiene que dichos edificios son bienes privados del Estado, porque no revisten para la Administración un interés suficiente como para justificar la energía extraordinaria con que se tutelan las cosas del dominio público, máxime cuando tales edificios son fácilmente reemplazables por otros. (14) A esto responde García Oviedo (15) que lo que define la dominicalidad es la afectación de la cosa respectiva al uso público, por lo que ha de tenerse como dependencia del dominio público todo bien o cosa en

(14) Mayer, Otto, Tomo III - páginas 125

(15) García Oviedo, Carlos - Tomo I-página 127

el que, cumplidos los demás requisitos, se de la nota de afectación. Mientras la afectación exista y perdure el edificio, será de dominio público, importando poco que pueda ser reemplazado por otro, pues el dominio público se ejerce sobre bienes idénticos a aquéllos sobre los que se ejerce la propiedad privada, ya que la dominicalidad es independiente de la cualidad material de las cosas.

Algunos escritores excluyen los edificios del régimen de la dominicalidad, porque sostienen que a su respecto el uso es indirecto; y otros tratadistas, como Berthélemy, sostienen que los edificios estatales pertenecen al dominio privado del Estado, - porque son susceptibles de ser propiedad privada. Este último criterio es inaceptable ya que el dominio público es un mero -- concepto jurídico; que no hay bienes públicos por su naturaleza; que cualquier bien o cosa puede pertenecer al dominio público o al dominio privado y que no hay cosas que no sean susceptibles de propiedad privada, pues todo depende del régimen legal imperante.

Maurio considera como dependencias dominicales los edificios del Estado afectados a servicios públicos.

Jéze considera dominicales únicamente los bienes del Estado afectados a un servicio público esencial, en el que la cosa de

sempeñe el papel principal. En los casos de escuelas, palacios de justicia, etc., juzga que esos edificios no pertenecen al dominio público, porque en los respectivos servicios públicos no desempeñan el papel capital o principal, el que es desempeñado por los profesores y por los jueces.

Guicciardi, niega que pertenezcan al dominio público ciertos edificios, como las escuelas, los hospitales, etc., debido a que la función que en ellos cumple el Estado no es exclusiva de él, ya que existen escuelas y hospitales atendidos por particulares. No toma en cuenta este autor, el criterio basado en la afectación de la cosa al uso público.

Por último, Maline considera dominicales los bienes del Estado, necesarios para la prestación de un servicio público o para la satisfacción de una necesidad pública, siempre que al respecto no puedan ser reemplazados por ningún otro bien. Considera que son del dominio privado del Estado los edificios destinados a ministerios y a escuelas, porque, si se destruyen, los servicios que en ellos se prestan pueden ser atendidos, sin mayores inconvenientes, en otro local. Este autor tampoco hace referencia al criterio de afectación de la cosa al uso público.

La tesis más aceptada es la basada en la "afectación" al uso público, expuesta por Mauriou. El carácter público durará mien-

tras se mantenga la afectación a los fines del uso público, servicio público o a la utilidad o comodidad común. Desafectado el edificio, pierde su carácter dominical y se convierte en cosa privada.

Deben excluirse del dominio público los edificios de propiedad de personas particulares o privadas, sean éstas individuales o jurídicas, donde funcionen dependencias públicas, pues respecto a tales edificios falta el elemento "subjetivo" de la dominicalidad, o sea, que el bien pertenezca al Estado.

La dominicalidad de los edificios estatales resulta de su afectación a la utilidad o comodidad común, concepto amplísimo, que no sólo comprende el uso público directo, sino también el indirecto o mediato, expresado este último a través de la afectación del edificio a un servicio público o a la utilidad o comodidad común.

B- DOMINIO PUBLICO AEREO

Es de mucho interés conocer el régimen jurídico del espacio aéreo; es interesante delimitar los derechos de los particulares al espacio que cubre sus inmuebles, como así también, los problemas atinente a la defensa del Estado, a la aeronavegación, a la radiotelegrafía y a la radiodifusión.

Corresponde el estudio de esta materia al derecho privado y

al derecho público y dentro de este último, al derecho internacional público, al de la navegación aérea y al derecho Administrativo.

Lo referente a los derechos que puedan pertenecerle al superficiario sobre el espacio aéreo que cubre su inmueble, es objeto de estudio del derecho privado civil. Es interesante establecer hasta donde se extiende, en altura, el derecho del superficiario, pues recién a partir del límite máximo de esa altura comienza el espacio aéreo del Estado.

Al derecho internacional público le corresponde todo lo que se refiere a los diversos usos del espacio aéreo por los Estados, pues el uso que haga un Estado interfiere o puede interferir en otro Estado; la solución de ésto da lugar a la celebración de tratados internacionales. Al derecho de la navegación aérea le interesa, en particular, todo lo relacionado con el uso del espacio por la aeronavegación. Al derecho administrativo le incumbe todo lo concerniente al uso de dicho espacio en el interior del Estado, ya se trate de un uso realizado por el Estado mismo o por los Administrados, mediante permisos o concesiones.

Ultimamente el interés por los estudios relacionados con el espacio aéreo se ha acrecentado, lo cual se debe a los investi-

gaciones y exploraciones espaciales o interplanetarias; dando lugar a la formación de un nuevo derecho: "el interplanetario", del que uno de sus principales problemas, vinculado directamente al espacio aéreo, es el de la determinación de su límite en altura.

Podemos decir que se entiende por espacio aéreo: "el que se extiende en líneas perpendiculares sobre el territorio terrestre y acuático del Estado subyacente. " (16).

No debemos confundir el "aire" con el "espacio aéreo"; el aire es un elemento etéreo sin límites ni medidas, con una constante movilidad y fluidez, es totalmente inapropiable y pertenece a aquél género de cosas que los romanos denominaron "res --- communis omnium", que todas las personas podrían libremente -- usar y poseer. " el espacio aéreo" es por el contrario, perfectamente definible, capaz de ser limitado, fijo y constante, es susceptible de apropiación, pudiendo por tanto ser sujeto de - propiedad y soberanía.

QUAL ES LA CONDICION JURIDICA DEL ESPACIO AEREO?

Hay que distinguir según se trate del derecho interno o del derecho externo.

Muchos autores al referirse a la condición legal del espacio aéreo; lo hacen desde el punto de vista del derecho interna
(16) Moreno Quintana. "Derecho Internacional Público". Pag.226

cional, siendo por ello que al respecto hablan de las teorías de la "libertad" y de la "soberanía", según que el espacio aéreo que de o no exento del poder de los Estados subyacentes, o que la soberanía de dichos Estados quede o no restringida por el derecho de pasaje a favor de los demás Estados.

El principio de la soberanía de los Estados sobre el espacio aéreo de su territorio y mar territorial, se ha impuesto definitivamente en los únicos lugares donde el espacio aéreo se mantiene libre es sobre el mar libre y sobre las tierras no sometidas a naciones organizadas.

Es distinta la condición legal del espacio aéreo en el orden internacional, que en el orden interno; el hecho de que dicho espacio aéreo pertenezca a la soberanía del Estado subyacente, no aclara si está incluido en el dominio público o en el dominio privado de ese Estado. Lo primero es de derecho externo y lo segundo, de derecho interno. Al referirse los autores al derecho interno, se limitan a decir que el espacio aéreo es parte del dominio público, pero sin manifestar por qué, es decir, no dicen de donde proviene el carácter dominical de dicho bien.

¿DE DONDE SURGE EL CARACTER DOMINICAL DEL ESPACIO AEREO?

Ningún bien o cosa puede integrar el dominio público sin ley que en forma directa (ley expresa) o en forma indirecta ---

(interpretación jurídica: analogía jurídica y principios generales del derecho) sirva de base a tal conclusión.

La generalidad de los autores reconoce el carácter dominical o público del espacio aéreo del Estado y algunas legislaciones la salvadoreña entre ellas) lo declaran expresamente.

DESDE DONDE COMIENZA A COMPUTARSE EL ESPACIO AEREO ESTATAL?

La propiedad de los particulares sobre el suelo se extiende al espacio aéreo sobre dicho suelo en líneas perpendiculares. Pero lo anterior no fija la altura a que llega la propiedad del superficiario sobre el espacio aéreo que cubre su inmueble; la doctrina nos dice de que el dominio del superficiario sobre el espacio aéreo no se extiende más allá de lo requerido por las necesidades prácticas que se tratare de satisfacer. El límite de ese derecho del superficiario está dado, pues, por su "interés práctico", más allá de esa altura, el derecho al espacio aéreo pierde su razón de ser.

De manera que el espacio aéreo pertenece en propiedad a los propietarios particulares del suelo, hasta donde llega el interés útil de éstos; a partir de ese límite el espacio aéreo pertenece al Estado. Asimismo, el espacio aéreo pertenece al Estado, desde la superficie misma de los inmuebles, que integren su dominio -- privado o público.

¿CUAL ES EL LIMITE DEL ESPACIO AEREO DEL ESTADO, DESDE EL PUNTO DE VISTA HORIZONTAL? Los límites del espacio aéreo coinciden con los límites del Estado, incluyendo en éstos el mar territorial, si es que se trata de un Estado con litoral marítimo. Ahora bien, sobre el espacio aéreo que cubre el mar jurisdiccional, el Estado ribereño carece en absoluto de soberanía, pues no pertenece al dominio de dicho Estado.

¿CUAL ES EL LIMITE DEL ESPACIO AEREO DEL ESTADO, DESDE EL PUNTO DE VISTA VERTICAL? La opinión más generalmente aceptada, extiende el espacio aéreo del Estado subyacente hasta donde cesan los efectos de la fuerza gravitatoria de la tierra (frontera celeste). No es necesario que la frontera celeste sea fija, basta con que constituya una zona; pero de ningún modo puede aceptarse que el límite del espacio aéreo del Estado se extienda, en lo vertical, hasta el infinito. Pues más allá de lo que físicamente le corresponda a la tierra, carecen de vigencia los conceptos jurídicos del hombre, pues, pasando ese límite, cesa el ámbito correspondiente a la tierra y se penetra en otro mundo ajeno al nuestro.

Al referirse al espacio aéreo del Estado, muchos autores suelen confundir los conceptos de "soberanía" y de "dominio público", pero la verdad es que dominio público y soberanía son

conceptos distintos. La soberanía es una potestad que se ejerce sobre todos los bienes que integran el Estado o pertenezcan a éste, ya se trate del dominio público o privado del mismo, o de la propiedad de los particulares o administrados. En cambio, el dominio público es un conjunto de bienes sometido a un régimen jurídico especial, distinto del que rige los bienes del dominio privado.

¿CUALES SON LOS DERECHOS DEL ESTADO SOBRE SU DOMINIO PUBLICO

AEREO? Son de dos clases:

1o) Los que derivan de la calidad dominical del espacio aéreo. En este caso, los derechos del Estado son los que, en general, le corresponden sobre las dependencias del dominio público. Ej: el derecho de reglar el uso del espacio aéreo. Estas potestades se vinculan al derecho interno del Estado.

2o) Los que derivan de la soberanía. En este sentido el Estado puede estatuir acerca del uso del espacio aéreo por personas de otras nacionalidades, domiciliadas fuera del país, o por Estado extranjeros. Estas potestades se vinculan al derecho externo o internacional y generalmente se expresan en convenciones o tratados.

c) DOMINIO PUBLICO MARITIMO

a) NATURALEZA JURIDICA DEL MAR TERRITORIAL:

Al empezar a tomar asidero, en la doctrina como en la prácti

ca internacional, el principio de la libertad absoluta del mar, en contraposición. también fue naciendo, el derecho de cada Estado de tener una franja de mar frente a sus costas, con el fin de prevenir continuos ataques a su existencia como tal, así como defender sus intereses.

Se vino a crear con ésto, una justa transacción entre el --- principio general de la libertad del mar y el dominio exclusivo de los Estados sobre el mismo, llegando a tomar bases jurídicas para expresar los derechos verdaderos de los Estados sobre el mar que los baña.

Para varios tratadistas, el mar es territorio del Estado mismo, y para otros, el mar está sometido a un régimen de libertad, no reconociendo al Estado sobre él, sino un cúmulo de derechos necesarios para garantizar la defensa del territorio, o sea, no reconociendo al mar territorial como parte del territorio.

ENTRE LAS DOCTRINAS QUE CONSIDERA AL MAR TERRITORIAL COMO PARTE DEL TERRITORIO DEL ESTADO, TENEMOS:

1) DERECHO DE PROPIEDAD:

Se trata de una teoría sostenida en el siglo XVIII por Valor y Vattel y en el siglo XIX por Pradier y Fiore, la cual expresa que el derecho del Estado sobre el mar territorial es un "derecho de propiedad"; pues el mar ofrece todas las características de --

las cosas sujetas a apropiación y en el cual el Estado es capaz de ejercer su dominio; lo cual significa que hay un verdadero dominio sobre las aguas territoriales.

2) DERECHO DE SOBERANIA:

Esta doctrina sostiene que el Mar Territorial no es propiedad del Estado, pero se encuentra sometido a su soberanía; el Estado no posee el dominium, sólo el imperium.

SISTEMAS DOCTRINALES QUE NO RELACIONAN EL MAR TERRITORIAL
CON EL TERRITORIO:

1) DERECHO DE SOBERANIA:

Expresa esta teoría que el Estado tiene un derecho de soberanía sobre una zona del mar que baña sus costas, salvo el derecho del tránsito inocente.

De aquí parte la teoría de la soberanía restringida o limitada, ya que es claro que no se reconoce el derecho de soberanía absoluta sobre el mar territorial, sino el ejercicio de ciertos derechos.

2) TEORIA DE LAS SERVIDUMBRES:

Esta teoría niega tanto el derecho de dominio como el de soberanía, pero ante la necesidad de reconocerle al Estado ciertos derechos para su defensa, acepta que éste tiene un cúmulo de -- servidumbres para responder a determinados fines.

El Mar Litoral es parte de la alta mar que pertenece a la comunidad internacional, poseyendo el Estado ribeño ciertas servidumbres para garantizar sus intereses. El Mar Litoral no se halla comprendido en el territorio del Estado, no es campo del ejercicio de su jurisdicción Civil y Penal, ni puede entorpecer a los demás Estados el paso de sus naves, incluso de guerra.

3) DERECHO DE CONSERVACION:

Según esta teoría, el mar es enteramente libre, pero siendo la conservación un derecho fundamental del Estado, éste se encuentra autorizado a tomar, aún fuera de sus límites, todas las medidas encaminadas a asegurar su existencia, por lo que las aguas territoriales sirven al propósito de conservación del Estado ribereño.

Para esta teoría el Estado ribereño no puede tener competencia judicial, civil o penal respecto de los actos cometidos a bordo de naves que se hallen en el Mar Territorial, salvo que esos actos afecten sus intereses esenciales o perturben el orden en el territorio. Acepta la defensa del Estado en lo que concierne a la salud de sus habitantes y, en consecuencia, reconoce el derecho de establecer medidas sanitarias para las infecciones contagiosas, estableciendo para ello lugares especiales.

Con el surgimiento del Derecho Internacional, ya no existe el concepto de soberanía absoluta, porque éste lleva a la vio-

lación del principio teórico de la comunidad internacional.

En resumen, el derecho del Estado sobre el Mar Territorial que lo baña, es del dominio exclusivo de él, pero no entendido en el sentido privado de propiedad, sino en el de soberanía internacionalmente limitada. Pudiendo ejercer el Estado sobre la mencionada zona todos aquellos derechos que ejerce sobre su territorio, con la sola restricción del paso inocente.

b) SOBERANÍA Y MAR TERRITORIAL:

Como hemos visto anteriormente, antiguamente el concepto de soberanía era ilimitado, absoluto; el Estado ejercía dicha soberanía sin ninguna restricción y todo aquello que la limitada estaba pasando por la voluntad última del pueblo, legítima expresión de las actividades de soberanía.

Al tomar fuerza las relaciones internacionales, nació en una nueva forma de soberanía, la soberanía limitada, que aunque parecía una contradicción, la limitación está circunscrita a actividades que dañen los beneficios de la comunidad en sí.

Dentro de la teoría moderna del Estado, incluso el concepto de soberanía absoluta ha sufrido grandes variantes cuando en la escala ascendente de las leyes, aún arriba de la Constitución como ley fundamental están las leyes internacionales.

Con respecto al Mar Territorial, vemos que partiendo del con

cepto de que dicha franja de mar es prolongación del territorio, las actividades realizadas en esa zona tienen los mismos caracteres de las ejercidas en la tierra, creándose circunstancias especiales respecto al paso inofensivo de los buques y la explotación de los recursos marítimos.

La reglamentación en el Mar Territorial está limitada por aquellas circunstancias que están prohibidas por las Leyes Internacionales. Una de las limitaciones que la Ley Internacional impone a la soberanía en el mar territorial, es el régimen del paso inofensivo o paso inocente, según el cual, todo Estado tiene derecho a surcar el Mar Territorial, siempre y cuando su tránsito no menoscabe intereses fundamentales del Estado ribereño.

En la Conferencia de La Haya, celebrada en 1930, se propuso en la Segunda Comisión, la redacción y adopción de un artículo que dice: "El territorio de un Estado incluye una faja de mar - descrita en esta Conferencia como el Mar Territorial. La soberanía sobre esta faja se ejerce de acuerdo con las condiciones -- prescritas en la presente Convención y con las demás reglas del Derecho Internacional." Advirtiendo la Comisión que dicha soberanía estaba limitada "tanto por las reglas internacionales como por la presente Convención.

c) MAR TERRITORIAL:

Además de las aguas interiores, el mar que baña las costas de un Estado a lo largo del litoral, teniendo frontera marítima se denomina Mar Territorial.

Su creación obedece a razones de defensa y seguridad, protegiendo su integridad física y su existencia como Estado Soberano. Para hacer efectiva esta soberanía sobre dichas aguas se estableció que la frontera franja de agua era la prolongación del territorio y cuya medición variaba según se tomara la línea de costa o la línea de bajamar.

Al considerar esa faja como el territorio del Estado costero, las facultades de su ejercicio eran exactamente iguales a las de la soberanía estatal, operando con todas sus leyes y reglamentos y aplicando su jurisdicción civil y penal.

Fácilmente se colige que los intereses del Estado ribereño - propenden a un imperativo, cual es la seguridad de los intereses económicos, como las necesidades derivadas de su propia supervivencia.

Antonio Sánchez Bustamante y Sirven, en su obra "Mar Territorial" define lo que debe entenderse por Mar Territorial, de la manera siguiente: "Debe entenderse por mar territorial toda la parte de la superficie marítima del globo que tenga como límite

interno una costa de tierra firme o la desembocadura de un río y por límite externo el mar libre."

d) EXTENSION DEL MAR TERRITORIAL:

Es una de las cuestiones más difíciles y discutidas la fijación de la anchura del mar territorial. Cada Estado tiene el deseo de establecer su posición a la tática de seguridad y economía primordialmente y unos hablan de tres millas, otros de doce, de veinte y en la actualidad, los más, de doscientas millas y cada quien ha argumentado su legítimo derecho de fijar unilateralmente la anchura de su mar territorial, dentro de ciertos límites.

A falta de una regla internacional uniforme, el problema debe dilucidarse, ya que de lo contrario, se deja a cada Estado el derecho de fijar su límite territorial y quien en última instancia, podría salir perjudicado sería el principio de la libertad de los mares históricamente defendido. La fijación de la anchura, entonces, ha dejado de ser un problema meramente interno, para convertirse en una cuestión internacional.

No habiendo uniformidad en cuanto a la extensión del mar territorial, los criterios de medición varían según la posición que adopte cada país, existiendo los siguientes sistemas:

1- LINEA DE BASE NORMAL: establece que para determinar el mar territorial, debe de empezarse su extensión a partir de la línea de marea baja, a travez de toda la costa

2- LINEA DE BASES RECTAS: establece que para trazar la línea de base de partidas de la extensión del mar territorial, deberán unirse los puntos más apropiados y salientes de la costa, por un trazado de líneas rectilíneas.

Este último sistema se ha considerado más apropiado en aquellos casos en que las sinuosidades de la costa son profundas y escotadas o en los que haya una franja de islas a lo largo de las costas, cuya proximidad sea inmediata. Se basa en unir los puntos apropiados de la costa a través de un trazado entre ellas, de líneas rectas que, en todo caso, no pueden apartarse de una manera apreciable de las costas.

e) LIMITE EXTERIOR DEL MAR TERRITORIAL:

Una vez que se haya establecido la anchura del mar territorial, se deberá trazar el límite hasta donde el Estado ejercerá su jurisdicción, pero se confronta un problema, cual es la forma en que deberá trazarse. Algunos expositores manifiestan que dicho límite está constituido por una línea cuyos puntos se hallan a una distancia de "X" millas del punto más cercano de la línea de base; su formación obedece a la intersección de todos los arcos de círculos trazados con un radio de X millas (igual a la anchura del mar territorial), desde todos los puntos de la línea de base. El límite está formado por los arcos que más se alejan

de la costa.

Este sistema es conocido por "Los Arcos de Círculo", el cual facilita la orientación de los navegantes.

En 1956 la Comisión de Derecho Internacional, estableció en el Art. 6 el límite exterior de la siguiente manera:

"El límite exterior del mar territorial está constituido por una línea cada uno de cuyos puntos está, del punto más próximo a la línea de base, a una distancia igual a la anchura del Mar Territorial."

En consecuencia, el método de los arcos de círculo es, en la actualidad, el reconocido para fijar el límite exterior del Mar Territorial y el cual, si bien es cierto que dará una línea curva, será, en todo caso, mejor que seguir las sinuosidades de la costa como en los sistemas que hemos visto en la letra "d" de este Capítulo.

CAPITULO V

REGIMEN JURIDICO DEL DOMINIO PUBLICO EN EL
ESTADO SALVADOREÑO

En este último capítulo estudiaremos si está o no regulado en nuestro País el régimen jurídico del dominio Público.

Nos haremos en este estudio una serie de interrogantes, la primera de las cuales es: ¿hay en el sistema u ordenamiento jurídico salvadoreño un concepto de lo que es el dominio público?

Hemos visto en doctrina el concepto de El Dominio Público, considerando el mismo como "El conjunto de bienes o recursos que debe serle asignado a la Administración, para la satisfacción de las necesidades públicas" o "El conjunto de bienes afectados al uso directo de la colectividad, referidos a una entidad administrativa de base territorial y destinados al uso público de los administrados y que no son susceptibles por lo tanto, de apropiación privada". Ahora bien, con respecto a la interrogante anterior, o sea, que si existe en nuestra legislación un concepto de lo que es el dominio público, contestamos en una forma categórica y sin temor a equivocarnos de que no hay en nuestro sistema legal un concepto de dominio público; nuestras leyes mencionan en contadas ocasiones el término dominio público pero sin decirnos lo que se entiende por ello o -

sea sin darnos un concepto del mismo. Razón por la cual resulta muy difícil poder aplicar el concepto doctrinario que ya - hemos anotado en varias oportunidades dentro del marco jurídico legal salvadoreño.

Continuando con las interrogantes, nos preguntamos: ¿Cuáles son los bienes que integran el dominio público del Estado Salvadoreño?

Ninguna ley o Código de El Salvador, contiene capítulo alguno al respecto, pero si se encuentran diseminadas en las distintas leyes, disposiciones que mencionan cuales son los bienes del dominio del Estado, entre ellos encontramos en nuestro Código Civil que en Artículo 5/1 se expresa: "Se llaman bienes nacionales aquéllos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o Bienes Fiscales".

De conformidad al artículo anterior, vemos que el Legislador toma como punto de partida la siguiente aseveración: de que son bienes nacionales, aquéllos cuyo dominio público pertenece a la

nación toda, diferenciando luego entre bienes nacionales de uso público, que son aquellos cuyo uso pertenece a la nación toda y bienes del Estado o Bienes Fiscales, que no pertenece generalmente a los habitantes. Los primeros son a los que en doctrina se les llama "dominio público del Estado" y a los segundos, se les conoce como "Dominio Privado del Estado".

En realidad nuestro Código empleó impropia^mente la palabra "Estado", para referirse a estos bienes (Fiscales), pues todos los bienes nacionales son del Estado.

En el Artículo 576 expresa el mismo Código Civil: "Son bienes del Estado todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, no estén poseídas por ninguna persona."

En este artículo, al decir "Bienes del Estado", el Legislador se refiere a los Bienes Fiscales o Bienes del Dominio Privado del Estado", o sea, aquéllos cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes.

Continúa manifestando nuestro Código Civil en el Art. 574: "El Mar adyacente hasta la distancia de una legua marina, medida desde la línea de más baja marea, es mar territorial y de dominio nacional." Este artículo ha sido reformado tácitamente por el Artículo , inc. lo. de nuestra Constitución Política que -

expresa: "El territorio de la República dentro de sus actuales límites es irreductible; comprende el mar adyacente hasta la distancia de doscientas millas marinas contadas desde la línea de la más baja marea, y abarca el espacio aéreo, el subsuelo y el Zócalo continental correspondiente". O sea, que el mar adyacente es considerado parte de nuestro territorio y por consiguiente, es parte del dominio público del Estado; entendiendo en este Artículo, a nuestro modo de ver, la palabra dominio como sinónimo de propiedad.

El Artículo 577 del mismo Código, nos dice: "Los Lagos y Las Lagunas, que puedan navegarse por buques de más de cien toneladas, son bienes nacionales de uso público". Es decir, que los lagos y lagunas que están en la situación a que alude el anterior artículo, además de ser bienes nacionales, pues su dominio pertenece a la nación toda, son además bienes de uso público, o sea, que su uso pertenece a todos los habitantes de la nación.

El Código emplea indistintamente la palabra Estado, tanto para referirse a los bienes fiscales, como a los bienes nacionales en general, pues vemos que en el Artículo 57. expresa: "Las nuevas Islas que se forman en el mar territorial o en ríos y lagos que puedan navegarse por buques de mas de cien toneladas

pertenecerán al Estado. Hay confusión en este artículo, lpues no se sabe si al usar el término "pertenecerán al Estado", se está refiriendo a los bienes fiscales o a los bienes nacionales en general.

El artículo 111 de la Constitución Política de El Salvador, dice: "Que forman la Hacienda Pública:.....2a. Sus bienes muebles y raíces." A esto se puede hacer una crítica, en el sentido de -- que confunde en sí lo que son los bienes fiscales y los bienes estatales; equiparando sus fondos y valores líquidos y sus créditos activos, con sus bienes raíces.

Otra interrogante que nos mueve a inquietud, es que si las características del dominio público señaladas en doctrina, existe o no en nuestra Legislación.

Recapitulando diremos que en doctrina la característica -- principal de los bienes del dominio público es que están fuera del comercio y de ello se derivan las notas de: la inalienabilidad y la imprescriptibilidad. Ahora bien, en nuestra Legisla---ción no hay en el principio una disposición que nos diga que -- los bienes de dominio público están fuera del comercio, pero -- consideramos que los bienes que están fuera del comercio son -- los llamados propiamente bienes nacionales de uso público o -- bienes públicos; no así los bienes fiscales o bienes del Estado,

por cuanto estos en ocasiones son enagenados a los particulares mediante procedimientos determinados.

A nuestro modo de ver, serán inalienables los bienes nacionales de uso público o bienes públicos, como las playas, parques, etc. Nuestra Constitución Política, únicamente hace referencia al territorio de la República como algo que está fuera del comercio al expresarse en el Artículo 1.º que: "El territorio de la República, dentro de sus actuales límites es irreductible...."

Si concluimos que los bienes en el Estado Salvadoreño gozan de la característica de la inalienabilidad, diremos que tampoco pueden ser hipotecados, ya que en caso de no cancelarse la hipoteca y haber acción judicial, el acreedor tendría el derecho de hacer vender la cosa hipotecada y además la hipoteca implica una limitación en la libre disponibilidad de la cosa y esto iría en contra del destino del bien de dominio público.

En cuanto a si los bienes del Dominio Público pueden o no embargarse, nuestras Leyes no dicen nada al respecto, pero en nuestra Jurisprudencia encontramos un caso en el cual el ciudadano español don Salvador Rodríguez Roger, por medio de su Apoderado el doctor J. Vicente Vilanova, reclamó en el año de mil novecientos treinta y cinco al Estado Salvadoreño, cierta cantidad de dinero que éste adeudaba al demandante, en virtud del canje de un mil o-

chenta y un bonos de El Salvador en el año de 1929; el Juez General de Hacienda en principio, admitió la demanda presentada y decretó embargo en bienes del Estado Salvadoreño, pero luego, a petición del señor Fiscal de Hacienda de ese entónces, se declaró incompetente para seguir conociendo, declaró sin lugar el embargo solicitado y remitió el expediente a la Honorable Cámara de Segunda Instancia de la Primera Sección del Centro; en este Tribunal superior, no se admitió la demanda presentada por no estar redactado el documento base de la acción, en el papel sellado correspondiente, sin referirse a la inembargabilidad de los bienes del Estado.

Este problema movió a que la Secretaría de Hacienda, consultara a varios juristas del País, haciéndoles la interrogante de si los bienes del Estado son o no embargables y si había en nuestras Leyes suficiente base jurídica para sentar el principio de la inembargabilidad de dichos bienes. La mayoría de los Abogados consultados manifestaron que dichos bienes son inembargables, en primer lugar por el fin a que están destinados los bienes públicos y en segundo lugar porque las disposiciones procesales que establecen el embargo tienen aplicación únicamente con la relación de derecho privado, y el Estado, que obra muchas veces como sujeto de derecho privado puede estar sometido a decisión del Juez para --

que le sea establecida la Responsabilidad Civil que pueda corresponderle en un caso dado, pero no puede ser obligado por medios coercitivos, al cumplimiento de la decisión judicial, porque los medios que se aplicarán, tocarían con la hacienda pública, la cual dejaría de estar sometida a su régimen propio para ser vulnerado por el derecho privado.

La base jurídica que estos civilistas encontraban para sostener la inembargabilidad de los bienes públicos, la enfocaban en el Artículo 120 de la Constitución Política de ese entonces, que establecía que ninguna suma podrá extraerse del Tesoro, pagarse o abonarse sino en virtud de disposición previa de la Ley; y establecía además que cualquier cantidad exigida o invertida contra el tenor expreso de la Ley de Presupuesto, dará lugar a la responsabilidad del que ordena la extracción o el gasto indebido, responsabilidad que recaerá también en el ejecutor si no prueba su inculpabilidad. Por lo tanto, si ningún pago se podría hacer en forma distinta de la que dicha disposición constitucional establecía, los Tribunales comunes no podían ordenar coercitivamente el pago de cantidades adeudadas y el embargo carecería de objeto. Lo expresado en este artículo está regulado actualmente en los artículos 122, 124 y 125 de nuestra Constitución Política vigente.

Con respecto a que si los bienes de dominio público pueden

ser expropiados, no encontramos ninguna disposición que exprese categóricamente que no pueden serlo. Pero es lógico suponer que dichos bienes no pueden expropiarse ya que esto constituye la -- transferencia de la propiedad de un patrimonio a otro, es decir, una enajenación y además la expropiación debe hacerse por causa de utilidad pública (Artículo 13. Cn) y siendo que los bienes de dominio público sirven para esa misma finalidad, no tendría razón de ser la expropiación.

Otra de las características de los bienes de dominio público, es la publicidad posesoria, la cual significa en primer lugar que el titular de estos bienes no necesita utilizar por regla general, el sistema de garantías que supone la inscripción en el Registro de la Propiedad, así como también la posesión administrativa, que puede inferirse de la inclusión de un bien en un catálogo administrativo.

¿Será necesario o estará regulado la inscripción o no de dichos bienes en el Estado Salvadoreño?

Aquí hay que hacer la aclaración que hicimos anteriormente en el caso de la enajenación el Estado deberá necesariamente inscribirlas, ya que este tipo de inscripción servirá de antecedente a las sucesivas enajenaciones u otras clases de transacciones; en cambio, cuando se trata de un bien de uso público, como los par-

ques, las carreteras, el zócalo continental, el espacio aéreo, etc. como el beneficiado es la colectividad entera no se hace necesaria la inscripción de tales bienes, pues aún a veces se haría imposible la inscripción de los mismos.

Por consiguiente, legislación expresa al respecto no se encuentra, pero se deduce de las disposiciones del Código Civil y además no se encuentra prohibida su inscripción.

Con respecto a que si dichos bienes figuran en nuestra Legislación en catálogos administrativos, hacemos notar que actualmente existe una oficina de catastro, dependiente del Ministerio de Hacienda donde se encuentran señalados cuales son los bienes del Estado.

¿Tiene el Estado Salvadoreño facultad de deslinde con respecto a los bienes de dominio público?

Creemos que si a los bienes de los particulares se les reconoce esta facultad de deslinde, tiene que serlo mucho más para los bienes de dominio público, sobre todo cuando se trata de bienes nacionales en disputa, como por ejemplo: las zonas marítimas terrestres etc. No está regulada expresamente esta facultad pero al expresar el Código Civil en su artículo 443 que "Todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes y podrá exigir a los respectivos due-

ños que concurren a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes". No hace distinciones entre particulares y el Estado, por lo -- tanto consideramos que sí el Estado Salvadoreño tiene facultad de deslinde sobre los bienes de dominio público.

Con respecto a la interrogante que si los bienes de dominio público tendrán o no la característica de imprescriptibilidad y si dicha característica está regulada en nuestra Legislación, contestamos: que el Artículo 2236 del Código Civil dice: "Que las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente en favor o en -- contra del Estado, de la Iglesia, de las Municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares, que tienen la libre administración de lo suyo". Pero, hay ciertos bienes públicos que no se pueden adquirir por pres-- cripción ya sea por la finalidad de los mismos o para el objeto para el cual han sido creados y además porque el mismo Estado des-- de su creación ha reconocido la existencia de esos bienes como -- propios, no existiendo de esta manera el derecho de adquirirlos por prescripción, por ejemplo, las playas marítimas, los parques, etc., ya que la prescripción implica un traspaso de dominio que como ya lo hemos visto no se puede dar en este tipo de bienes.

C O N C L U S I O N

No existe en el Estado Salvadoreño un régimen jurídico uni-

tario del dominio público, sino fraccionado, en algunos casos ha sido la Jurisprudencia la que en situaciones concretas ha precisado algunas de las características del dominio público estatal, como la inembargabilidad, imprescriptibilidad, etc., o sea, que están fuera del comercio, conclusión a la que arribamos sin mucho esfuerzo.

En verdad, como hemos estudiado en este último capítulo vemos que es muy poco la mención que nuestra Legislación vigente hace de los bienes del dominio público, hay vacíos en nuestras - Leyes, con respecto a la regulación de dichos bienes, puesto que como hemos visto, las Leyes únicamente se limitan a no prohibir su inscripción, por ejemplo, pero no facultan expresamente a - ello, hay un casi total silencio en nuestro régimen Jurídico res pecto al dominio público en el Estado Salvadoreño.

RECOMENDACIONES:

Es necesario introducir en nuestro Sistema Legal una Ley especial que regule el Dominio del Estado, precisando un concepto claro de lo que se entiende por Dominio Público y además señalando con precisión las características del mismo, pues en el presente, al no haber disposiciones expresas al respecto, se presentan innumerables problemas de tipo práctico legal.

BIBLIOGRAFIA:

MARIENHOFF, MIGUEL S.:

Tratado del Dominio Público, Tipográfica Editora Argentina Buenos Aires-1960.

VILLEGAS BASABILSASO, BENJAMIN:

Derecho Administrativo, Tomo IV, Tipografía Editora Argentina.

FRAGA, GABINO:

Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F.

BIELSA, RAFAEL:

Derecho Administrativo, Tomo IV, Editorial Roque Depalma, Argentina.

GARCIA OVIEDO, CARLOS:

Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial E.I.S.A, Ofiate 13, Madrid, España.

GARRIDO FALLA, FERNANDO:

Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, parte general, V. 1

SAYAGUES LAZO, ENRIQUE:

Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, V.I, 2a. Edición.

VARELA, EDGAR NERMAN:

Régimen Jurídico del Mar Territorial, Régimen Salvadoreño, Tesis previa a opción de Título en la Universidad de El Salvador-1978.

CONSTITUCION POLITICA DE EL SALVADOR DE 1965.

CODIGO CIVIL, EDICION DE 1967.