

## APUNTES DE DERECHO CIVIL

3.º CURSO—4.º AÑO

*Tomados por los alumnos señores Hildebrando Rubino y Raúl Acuña y revisados por el catedrático de la asignatura DR. SOFANOR NOVILLO CORVALAN. (Curso 1919).*

---

(Continuación)

### CAPITULO VI

SUMARIO: I. Enumeración de los bienes públicos: el mar territorial, aguas públicas, etc.—II. Las islas.—III. Los puentes.—IV. Derecho de los particulares sobre los bienes públicos.—V. La tierra fiscal y las minas.—VI. Bienes vacantes o mostrencos.—VII. Fortalezas de guerra.—VIII. Embarcaciones de enemigos y corsarios.—IX. Bienes municipales.

Estudiando ahora las disposiciones legales que se ocupan de esta materia nos encontramos con el art. 2340 que en sus siete distintos incisos enumera los bienes públicos de la nación, después de haber prescripto en el artículo anterior que, tanto los bienes públicos como los privados, caen bajo el dominio de la nación o de los estados particulares, conformándose así con la organización política adoptada por la constitución del país.

¿Ha debido el código hacer una enumeración de los bienes públicos? ¿No hay en esto los inconvenientes inherentes a todo sistema casuista que hace posible la omisión, la imprevisión del legislador? ¿Pero no habría sido igualmente peligroso fijar un criterio de apreciación o, mejor, dar una simple definición de ellos, haciendo posibles en la práctica excesos o defectos de aplicación?

El código ha salvado las deficiencias propias de ambos sistemas adoptando un procedimiento ecléctico, pues después de haber enumerado los bienes públicos en los siete incisos del artículo recordado con un criterio de bastante amplitud, ha dicho en la parte final del último inciso: “y cualesquiera otras obras públicas construidas para utilidad o comodidad públicas”. En esta forma queda salvado todo lo que involuntariamente se hubiese omitido y sobre todo se prevé el porvenir, extendiendo los beneficios de la ley, no solo a lo actual, sino a lo que el progreso del futuro pueda deparar para bien de la comunidad.

El primer inciso señala entre los bienes públicos “los mares adyacentes al territorio de la República hasta la distancia de una legua marina, medida de la línea de la más baja marea; pero el derecho de policía para objetos concernientes a la seguridad del país y a la observancia de las leyes fiscales se extiende hasta la distancia de cuatro leguas marinas medidas de la misma manera”.

La vieja controversia sobre la libertad y clausura de los mares, y particularmente sobre el predominio que ciertos estados pretendieron al respecto bajo la influencia perturbadora de triunfos guerreros, está definitivamente concluida, y cualesquiera que sean los eclipses momentáneos del derecho internacional público, hay materias como la presente que cuentan con una solución definitiva: todos los estados reconocen la existencia del “mar territorial” como un complemento de la soberanía de las naciones que tienen costas marítimas u oceánicas. Lo único que no es uniforme es la extensión misma del mar territorial. Hay estados que la fijan de acuerdo con la distancia a que llega una bala de cañón, sancionando así un límite abatorio, susceptible de aumentar con arreglo al creciente poder de la artillería, lo que si es lógico del punto de vista de la guerra, es inaceptable como norma jurídica, la cual debe ser precisa y estable. El proyecto de Freitas señalaba para el Brasil el límite de la bala de cañón, pero el código actual no ha reproducido la disposición: se limita a señalar el mar entre los bienes públicos en su art. 66, sin establecer límite alguno.

Nuestro código ha optado por el límite fijo, pero si se detiene la atención en el primer inciso que nos ocupa, se ve que él sanciona dos límites: uno de una legua marina; otro, de cuatro.

Reflexionando al respecto, se ve evidentemente que lo que se ha querido es hacer del primer límite el *bien público*, aquel sobre el cual, por consiguiente, tienen derecho de uso y goce los particulares (la pesca por ejemplo); en tanto que el límite de las cuatro leguas se refiere exclusivamente a la *soberanía* de la nación, no a su *dominio* público. Por consiguiente, allí no llega el derecho de los particulares, sino la sola acción del estado en miras de la defensa de sus costas.

El inciso 2°. se ocupa de los "mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros". Esta disposición no ofrece dificultad alguna, pero bueno es anotar que es inoportuno hablar de mares interiores en un país que carece de ellos, y su mención no se explica ni siquiera tomando como mares a los lagos, pues de estos se ocupa separadamente el código en el inciso 5°. del mismo artículo que estudiamos.

Paso por alto, asimismo, los incisos 3°, 4° y 5° que legislan sobre "aguas públicas", las cuales por su aplicación a la agricultura y a numerosos usos industriales han sido reputadas, con razón, como bienes públicos, siendo de advertir únicamente que nuestro código, a diferencia del francés, del español y otros, no ha entrado en la inútil distinción de los ríos en navegables y no navegables o flotables, en la inteligencia de que pudiendo unos y otros ser susceptibles de afectación e necesidades colectivas, debían caer todos bajo el carácter de bienes públicos y ser reglamentado su goce por el estado. La presente materia es especialmente estudiada en el derecho administrativo.

II. El inciso 6°. incluye entre los bienes públicos "las islas formadas o que se formen en el mar territorial, o en toda clase de río o en los lagos navegables".

Una primera observación de detalle que debemos hacer con

relación a este inciso es que cuando habla de las islas de los lagos debe referirse a los que son navegables por buques de más de cien toneladas porque solo estos son bienes públicos, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 5°. De modo que si las islas se formasen en lagos cuya capacidad de navegación fuese menor dejarían de ser bienes públicos.

Pero lo importante de este inciso está en relación al carácter de bien público que el código les da a las islas, separándose de los antecedentes de los demás códigos, de las razones mismas que fundan la existencia de los bienes públicos y mostrándose inconsecuente con otras de sus disposiciones.

El derecho romano consideraba las islas de los mares y ríos como *res nullius* y, por consiguiente, como cosas susceptibles de apropiación privada; en otros términos, como bienes privados, ya que los particulares solo son dueños de los bienes de este carácter.

El código Napoleón se ocupa también de la materia, pero no al hablar de los bienes públicos y privados del estado, sino al hablar de la accesión como medio de adquirir el dominio. El artículo 560 prescribe que las islas e islotes que se formen en el lecho de los grandes ríos o de los ríos navegables o flotables pertenecen al estado, si no hubiese título o prescripción contraria, con lo que da a entender evidentemente que pueden pertenecer a los particulares como bienes privados de su patrimonio, lo que demuestra que es en este carácter y no en el de bienes públicos que se les atribuye al estado.

De idéntico modo las mira el código español, pues después de estatuir en su art. 413 que las islas e islotes que se formen en el mar territorial, ríos navegables y flotables son del estado, agrega que nadie puede alegar dominio sobre ellos, salvo que se tratase de concesiones que hubiese hecho el estado o que se las hubiese adquirido por prescripción. La parte final de esta disposición prueba evidentemente que las reputa como bienes privados, puesto que los bienes públicos, por estar fuera del comercio, son imprescriptibles e inalienables, cosa que no ocurre con las islas, desde que

pueden ser cedidas a los particulares y, sobre todo, adquiridas por prescripción.

Freitas en el art. 4149 de su proyecto las legisla en el mismo carácter. Otros códigos extranjeros disponen de idéntico modo.

Más nuestro inciso, no solo se aleja así de las disposiciones pertinentes de los códigos más consultados por el nuestro, sino que nada hay que justifique el carácter que les da.

Las islas no son sino porciones de tierra de mayor o menor extensión rodeadas de agua y que no tienen sino uno de estos dos destinos: o son por su ubicación adecuadas para fortalezas o plazas de guerra y, en tal caso, quedarían comprendidas entre los bienes privados que el código legisla en el art. 2340, bajo el inciso 4°, o son tierras aptas para los cultivos de la agricultura o para explotaciones forestales, en cuyo caso son también un bien privado como es la tierra en general, la cual figura en el mismo carácter en dicho artículo bajo el inciso 1°. El inciso resulta, pues, contradictorio con otras disposiciones de la ley. Por otra parte, si las islas son por definición tierras rodeadas por completo de agua, no parecen, en general, indicadas para el uso y goce común que son, como se sabe, los signos característicos de los bienes públicos, sino para el aprovechamiento exclusivo de las riquezas que haya en su seno como bosques, minas, etc.

La jurisprudencia administrativa del país, por lo demás, demuestra inequívocamente que la disposición legal que nos ocupa no ha sido respetada. Los gobiernos han reputado siempre las islas formadas en aguas públicas como bienes privados de la nación; y no de otro modo se explica que hayan sido motivo de contratos de arrendamiento, pues estos actos jurídicos solo pueden realizarse sobre bienes que están en el comercio.

III. En el inciso 7° el código habla de las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualesquiera otras obras públicas construidas para utilidad o comodidad común. Lo único que merece atención en este inciso son los puentes que aquí son reputados como bienes

públicos y que en el artículo 2432, inciso 4° están legislados como bienes privados.

Como el código los menciona sin adjetivación especial alguna, sin nada que restringe o amplía su significado, a primera vista aparece una contradicción flagrante, lo que ha determinado a nuestros comentaristas a buscar soluciones ficticias. Así Segovia piensa, en primer término, que los puentes deben ser bienes privados y que cuando el estado cobra por su uso un derecho de peaje o pontazgo tienen ese carácter y que son indudablemente públicos cuando su uso es gratuito. Machado repite análogos conceptos.

Esta solución, además de arbitraria, no descansa sobre un fundamento estable. Desde que el estado exijiese para el uso de todos los puentes un derecho de pontazgo a los particulares, adquirirían el carácter de bienes privados aquellos que por razón de su uso gratuito hubiesen tenido el carácter de públicos, de modo que estaría en manos suyas el poder discrecional y arbitrario de incorporar a su patrimonio bienes que están fuera del comercio.

Una observación atenta del inciso 4° del art. 2342 da la solución verdadera. Cuando en él se mencionan los puentes, a continuación de *los muros y plazas de guerra*, se alude indudablemente a construcciones de guerra, ordinariamente de carácter provisorio, hechas por los propios soldados y para el paso de los ejércitos u otras necesidades que cree la defensa nacional y en tal caso se explica que sean bienes privados, en tanto que cuando se habla de puentes en el inciso 7° del art. 2340 que estamos analizando se refiere a las construcciones ordinarias que reciben ese nombre y que se levantan sobre ríos, canales, etc., con destino al tránsito de vehículos y peatones, o sea con una afectación verdaderamente pública, lo que les da un distinto carácter.

IV. En otra oportunidad hemos hablado del derecho que el estado ejerce sobre los bienes privados: hoy nos corresponde fijar el de los particulares sobre dichos bienes. El art. 2341 lo establece en términos explícitos: es el de uso y goce, pero sujetos a las

disposiciones del código y a las ordenanzas generales o locales. En la nota correspondiente, el codificador observa que el derecho de goce por su naturaleza es esencialmente temporario, con lo que, en mi concepto, da a entender que el estado puede sacar los bienes públicos del destino que les ha dado para hacerlos servir a otros fines. Pero este asunto no nos interesa conocer porque atañe a las facultades del estado. Lo que nos interesa averiguar es la naturaleza y la extensión, por lo tanto, de ese derecho de uso y goce que la ley acuerda a los particulares. Sabemos, desde luego, que son un uso y goce sujetos a reglamentaciones, a ordenanzas, lo que significa que ese derecho de los particulares no es absoluto. No cabe el carácter de absoluto en un derecho cuando su ejercicio es común, porque la idea de absoluto envuelve la de exclusivo, en tanto que la de común implica la de limitación mutua.

Con estos conceptos queda expresado que el uso y goce de que se ocupa en esta oportunidad el código no son el uso y goce que se pueden tener sobre los bienes privados en virtud de un derecho civil. Y de este enunciado, derivan consecuencias importantes en orden a la lesión o desconocimiento que un particular puede sufrir en el ejercicio de los derechos que tiene sobre un bien público. Tales lesión o desconocimiento no pueden engendrar, inmediatamente al menos, una acción en justicia, a diferencia de lo que ocurre con aquellos menoscabos que se reciben en el uso o goce de un bien privado, sino que deben ser directamente reclamados al poder administrador que, investido como está de las funciones de guarda y gobierno de los bienes públicos, hállese obligado a la vez a asegurar a todos el ejercicio de un derecho que es común.

Pero si tal reclamación fuese desoída, corresponde entonces acudir a la justicia. De este modo, en el caso de los bienes privados, el camino es distinto porque es distinto el derecho lesionado: se demanda su reparación directamente a los jueces, mientras que con relación a los bienes públicos, se llega a la justicia por un camino indirecto y solo cuando la reparación no ha sido obtenida del propio poder que tutela los bienes públicos.

V. El art. 2342 se ocupa de los bienes privados. El estado—há-mese nación, provincia, o municipio—como persona jurídica que es de existencia necesaria, según lo dispuesto por el art. 33 del código civil, debe tener y tiene un patrimonio porque lo necesita para el desenvolvimiento de la administración y para responder a sus fines propios. De ese patrimonio es dueño como lo son del suyo los particulares, si bien no puede enagenarlo libremente, no porque el derecho civil se lo prohíba, sino porque el derecho administrativo mismo, con fines de contralor, lo somete a ciertas formalidades: el remate público para vender los bienes y la licitación pública para obligarse en cierta clase de contratos.

Bien, pues: el inciso 1.º de dicho artículo enumera “las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República carecen de otro dueño”. Este derecho de propiedad, como lo observan algunos autores, tiene su origen en la conquista, medio que puede ser reprobado por el derecho natural—cosa que no nos corresponde averiguar—, pero que es un título de adquisición porque implica la ocupación y la continuación de la posesión. Todas las propiedades territoriales particulares no son sino el resultado de sucesivas desmembraciones de la tierra pública del estado, de modo que lo que no ha llegado a constituir el dominio de un particular ha quedado como perteneciente al patrimonio del estado. Pero el estado es, con relación a la tierra, un dueño *sui generis*, en el sentido de que no necesita probar su dominio por títulos de adquisición como lo requiere un particular. Y esto es así, no porque su propiedad varíe esencialmente de la de los ciudadanos, sino solo en cuanto a su origen. La propiedad puede ser originaria o derivada; y, si tiene el primer carácter, no puede, ni necesita ser probada. El estado es, pues, dueño originario de la tierra y no necesita exhibir instrumentos públicos, ni privados que certifiquen su dominio.

En cambio, si el estado ha comprado tierras a un particular y luego un tercero pretende reivindicarlas alegando títulos de dominio, el estado no puede ampararse en su carácter de tal para no presentar

títulos porque en el caso propuesto su dominio no es originario sino derivado: debe, entonces, probarlo.

Respecto de este inciso hay que recordar que las tierras son nacionales o provinciales según el lugar de su situación y que en este sentido las provincias deben tener sus límites propios que los fija el congreso y que muchas veces han sido sometidos al arbitraje del Presidente de la Nación o de la Suprema Corte.

El inciso 2° del art. 2342 atribuye también al estado la propiedad de las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante la propiedad de las corporaciones o particulares sobre la superficie.

Al considerar este inciso hay que recordar que con posterioridad al código civil fué sancionado el de minería y que este ha introducido modificaciones en la materia, creando categorías de minas con relación a las personas: 1° las que pertenecen exclusivamente al estado; 2° aquellas que perteneciendo también al estado, el propietario superficial tiene un derecho de preferencia por su explotación y 3° aquellas que exclusivamente pertenecen al dueño de la superficie. Ahora bien, como el código minero es ley nacional y como tal tiene tanto valor como el código civil, resulta que habiéndose sancionado con posterioridad, sus disposiciones deben prevalecer sobre las de aquel.

Es de recordar, además, que el código civil, al hablar del dominio y establecer que la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad y a su altura en líneas perpendiculares, agregando que comprende los objetos que se encuentran bajo del suelo como las minas, añade: salvo las leyes especiales que se dicten, con lo que se anticipa, diremos así, a preveer lo que pueda disponer de otro modo el código de minería.

VI. El inciso 3° señala también como perteneciente al patrimonio del estado "los bienes vacantes o mostrencos y los de las personas que mueren sin tener herederos según las disposiciones del código".

Preciso es, ante todo, fijar el significado de las palabras. Algunos han creído que este inciso se refiere a tres clases de bienes: vacantes, mostrencos y pertenecientes a sucesiones sin herederos, entendiéndose por vacantes los inmuebles, por mostrencos los muebles y semovientes y por herencia sin sucesión todos los bienes, de cualquier clase que sean, comprendidos en ellas.

Pienso que distinguir los conceptos enunciados por la naturaleza de los bienes a que se refieren no conduce a ningún resultado práctico. Sea que unos aluden a muebles y otros a inmuebles, el resultado es el mismo: pertenecen al estado.

La cuestión gramatical que hay que considerar como importante es la que se refiere al alcance mismo de las palabras *vacantes* y *mostrencos*, tomados estos términos como sinónimos, ya que únicamente en ese concepto los considera el código.

Entiendo, en primer lugar, que no hay que confundirlos con los *res nullius*, porque la ley ha establecido sobre estas cosas otro dominio: el del primer ocupante (art. 2343). Además los *res nullius* están determinados específicamente en la ley misma: son los peces de las aguas públicas; los enjambres de abejas; las piedras, conchas y sustancias que el mar arroja; las plantas y hierbas que vegetan en sus costas.

Su número es, pues, limitado y tienen su enunciación en la ley, mientras que los mostrencos no están fijados taxativamente y, en general, los por excelencia son los ganados sin marca o sin propietario conocido.

Pero la diferencia principal entre el bien vacante y el *nullius* es otra: el *nullius* nunca ha tenido dueño; por esa razón puede adquirirla el particular, puesto que la apropiación es uno de los medios de adquisición del dominio, en tanto que el bien vacante ha tenido propietario. Cabalmente por eso se le llama así: porque ha quedado sin ocupación, no obstante haberla tenido antes por que ha vacado, por decirlo así, su dominio. Por consiguiente los bienes vacantes comprenden, en términos generales, todos aque-

Los que habiendo tenido un dueño conocido han dejado de tenerlo en razón de que el propietario ha desaparecido o no se le conoce.

No hay que confundir tampoco los bienes vacantes o mostrencos con los abandonados, pues las *res derelictae* pueden ser adquiridas por el primer ocupante a semejanza de los *res nullius*, mientras que los bienes vacantes han sido atribuidos exclusivamente al dominio privado del estado. No se olvide tampoco que el signo característico de los *res derelictae* es su ínfimo valor, característico que generalmente no corresponde a los bienes vacantes.

Por este procedimiento de comparación y eliminación resulta entonces que los bienes mostrencos o vacantes tienen como caracteres propios: 1° el carecer de ocupación o posesión material; 2° el no ser conocido su dueño.

Respecto de los bienes dejados por las personas que mueren sin heredero no hay distinción alguna que hacer y la materia está especialmente tratada en el 4° libro del código.

VII. En el inciso 4° el código nos habla de "los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el estado o por los estados y todos los bienes adquiridos por el estado o por los estados por cualquier título". Nada digno de mención especial merece el inciso, si se exceptúan las fortalezas de guerra, las cuales, en el concepto de algunos, deben ser bienes públicos en razón de que son de interés general y porque, si se los considera como bienes privados, el estado podría enagenarlas, afectando acaso la defensa nacional.

El argumento presupone un gobierno que traiciona los intereses y el honor del país cuando la presunción debe ser la contraria y se imagina a la vez que la enagenación es hecha sin fiscalización ni contralor alguno, lo que no es posible en el régimen de nuestro derecho administrativo. Las fortalezas, por lo demás, no pueden ser consideradas como bienes públicos desde que les faltan las características propias de estos que son el uso y goce comunes.

VIII. El inciso 5<sup>a</sup>. dispone que son de propiedad del estado “las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de sus cargamentos, siendo de enemigos o de corsarios”. Esta disposición tiene un doble fundamento, según se refiera a barcos enemigos o a embarcaciones de corsarios o piratas. En el primer caso, el derecho internacional viene en su apoyo. Cuando dos países se hallan en estado de guerra, todo lo que el uno se apropia del otro es considerado como un botín: se hace dueño de él. En el segundo caso el fundamento de la disposición parece menos sólido. La piratería es un robo indiscutiblemente, pero la justicia o el derecho no autorizan a apropiarse de los objetos robados. Sin embargo, el fundamento de la disposición hay que buscarlo en el carácter de vacantes que adquieren las embarcaciones, fragmentos de ellas o mercancías pertenecientes a corsarios, en cuyo caso la falta de posesión material de esos bienes y la carencia de un dueño conocido justifican la propiedad del estado en los términos en que lo autoriza el inciso 3<sup>o</sup>. del artículo que estudiamos.

Cuando las embarcaciones no son de enemigos ni de corsarios, dispone el código de comercio que los efectos serán entregados a los propietarios, acreditado que sea su dominio y previo pago de los gastos de salvamento. No haciéndose reclamación alguna y, después de los avisos de ley, los bienes mencionados pasan al dominio del estado, si bien el dueño tiene un término de diez años para formular la reclamación.

IX. El art. 2344 se ocupa de los bienes municipales en términos que pueden producir cierta confusión si no se lo analiza con cuidado. “Son bienes municipales, dice, los que el estado o los estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades. Son enagenables en el modo y forma que las leyes especiales lo prescriban”.

Tomado este artículo literalmente podría entenderse que los municipios carecen de bienes públicos y que los que les son entregados por la nación o por las provincias son privados, desde que el

artículos agrega que son enagenables en el modo y forma que determinen las leyes especiales, pues la enagenabilidad, como ya hemos dicho, no es propia de los bienes públicos desde que están fuera del comercio. El artículo, pues, parece significar que se refiere exclusivamente a los bienes que van a componer el patrimonio privado de los municipios.

Y este sentido de la disposición también parece afirmarse al tener en cuenta el artículo 2339 que refiriéndose a los bienes públicos solo los menciona al estado general y a los estados particulares, es decir, a la nación y a las provincias, excluyéndose así a los municipios como si no pudiesen tener bienes públicos.

Pero esta interpretación deja de imponerse como cierta si se tienen en cuenta algunos antecedentes.

En nuestro país su organización política ha seguido un orden inverso del de otras naciones y particularmente del de Norte América.

En este último país la comuna ha precedido a los estados de la Unión y al estado general. Entre nosotros no ha sucedido así. Ciertó es que hemos tenido los cabildos, que eran corporaciones municipales bastante bien constituidas y con arraigo en los vecindarios, pero fueron suprimidos en 1820 para dar paso a otras municipalidades políticas que nacían como corporaciones derivadas del orden provincial, de modo que en realidad la provincia era anterior al municipio.

Y bien: si se tiene en cuenta esto se explica que el código, al ser sancionado, no tuviese en cuenta a los municipios entonces existentes y solo se refriese, al hablar de los bienes públicos, a los de la nación y de las provincias; pero admitidos por él los municipios como personas jurídicas de existencia necesaria, vale decir como personas del derecho público y previsto, evidentemente, por el codificador su desenvolvimiento posterior autónomo, la existencia de un dominio público para las municipalidades y de bienes propios de ese dominio resulta inevitable. Y así, aunque del artículo que nos ocupa, tomado en sí, no resulten para los municipios sino bienes

privados, es evidente que los tienen públicos también con arreglo a las consideraciones que anteceden y a la doctrina que rige la materia.

Es de advertir, de paso, que cuando el código ha dicho que los bienes municipales podrán ser enajenados del modo como lo dispongan las leyes especiales ha querido disponer únicamente que la enajenación no debe ser regida por las reglas del derecho común, sino llenándose aquellas formalidades que la ley orgánica de la comuna estatuye.

En resumen: los municipios pueden tener y tienen bienes públicos, así como tienen un patrimonio privado. Respecto de los primeros no solo tienen ese carácter los que han sido confiados por la nación, o la provincia, en su caso, a la administración municipal, sino todas aquellas que el gobierno de las comunas mande hacer como una calle que se abre en cumplimiento de una ordenanza, un parque o una plaza que se construyen para uso y goce de los particulares.

---