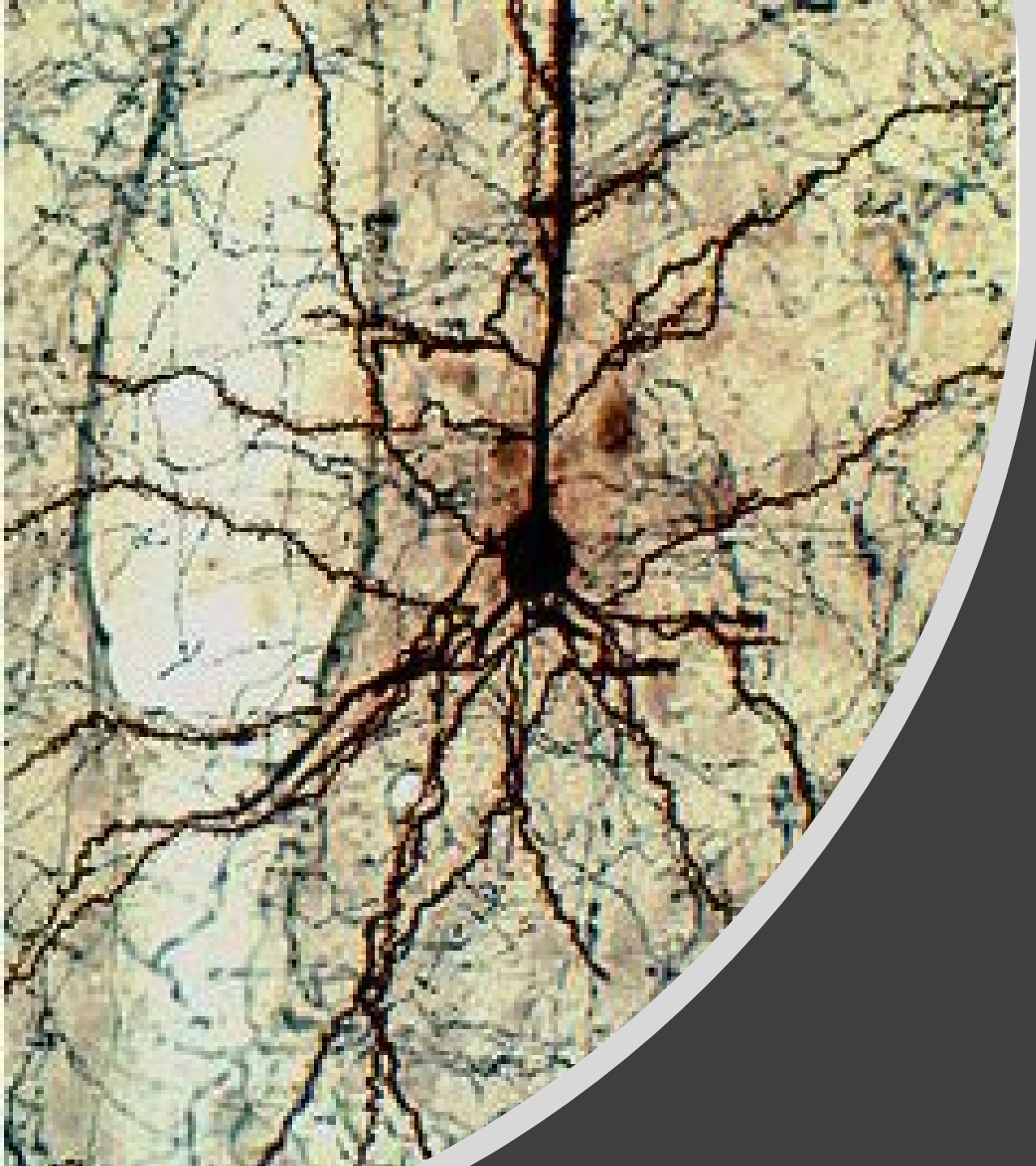




Constitución del 80 y el agua

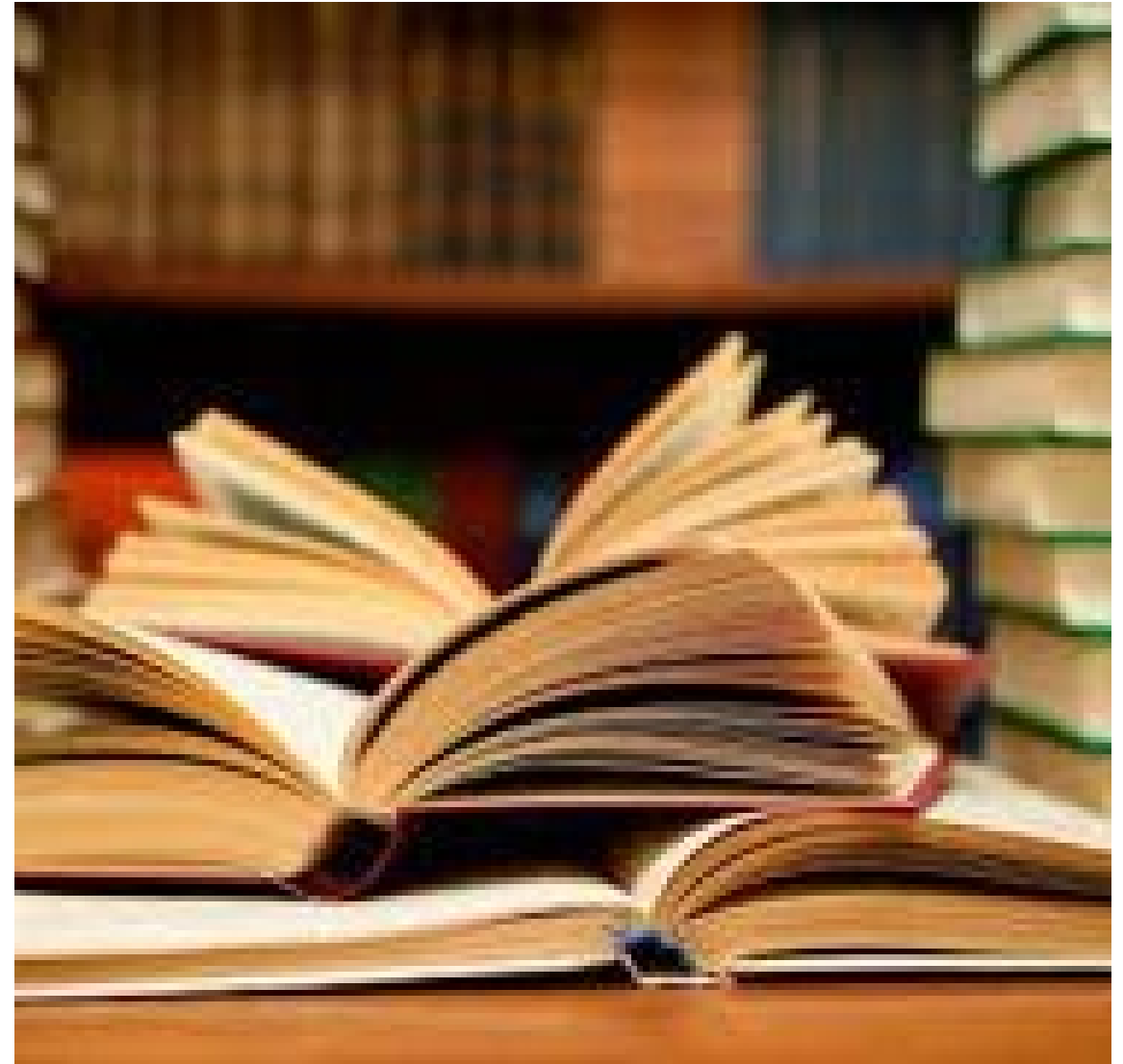
Derecho de Aguas 2020-2, Facultad de Derecho, U.
de Chile

Profs. Pilar Moraga- Ezio Costa

Departamento de Derecho Público

Bibliografía

- RÍOS Y RIQUELME, La Constitución y la propiedad sobre recursos naturales estratégicos: yacimientos minerales y aguas. En Muñoz y Ponce de León, “Conceptos para una nueva constitución”, DER Ediciones, 2020.
- CELUME, Tatiana. Régimen público de las aguas, Thomson Reuters, 2013, pp. 101-124.
- PULGAR Antonio. Marco constitucional para la gestión De las aguas en Chile: aproximación Desde el Derecho humano al agua y al saneamiento. Actas II Jornadas de Derecho de Aguas.
- ATRIA, F., SLAGADO.C., La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile, Thomson Reuters, 2015, p.75-83.
- El agua en las Constituciones de Europa
<http://derechoygestionaguas.uc.cl/es/documentos/new/311-hh24-el-agua-en-las-constituciones-de-europa/file>
- El agua en las Constituciones de América
<http://derechoygestionaguas.uc.cl/es/documentos/new/283-hh22-el-agua-en-las-constituciones-de-america/file>
- ZUNIGA, Francisco. Constitución y Dominio Público: Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres. Ius et Praxis [online]. 2005, vol.11, n.2, pp.65-101. ISSN 0718-0012 https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-00122005000200003&lng=es&
- ZUNIGA, Francisco. La demanialidad de las aguas
<https://libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/736/submission/proof/index.html#34>
- NAVARRO, E., Derecho de propiedad sobre las Aguas.
<https://libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/736/submission/proof/index.html#18>



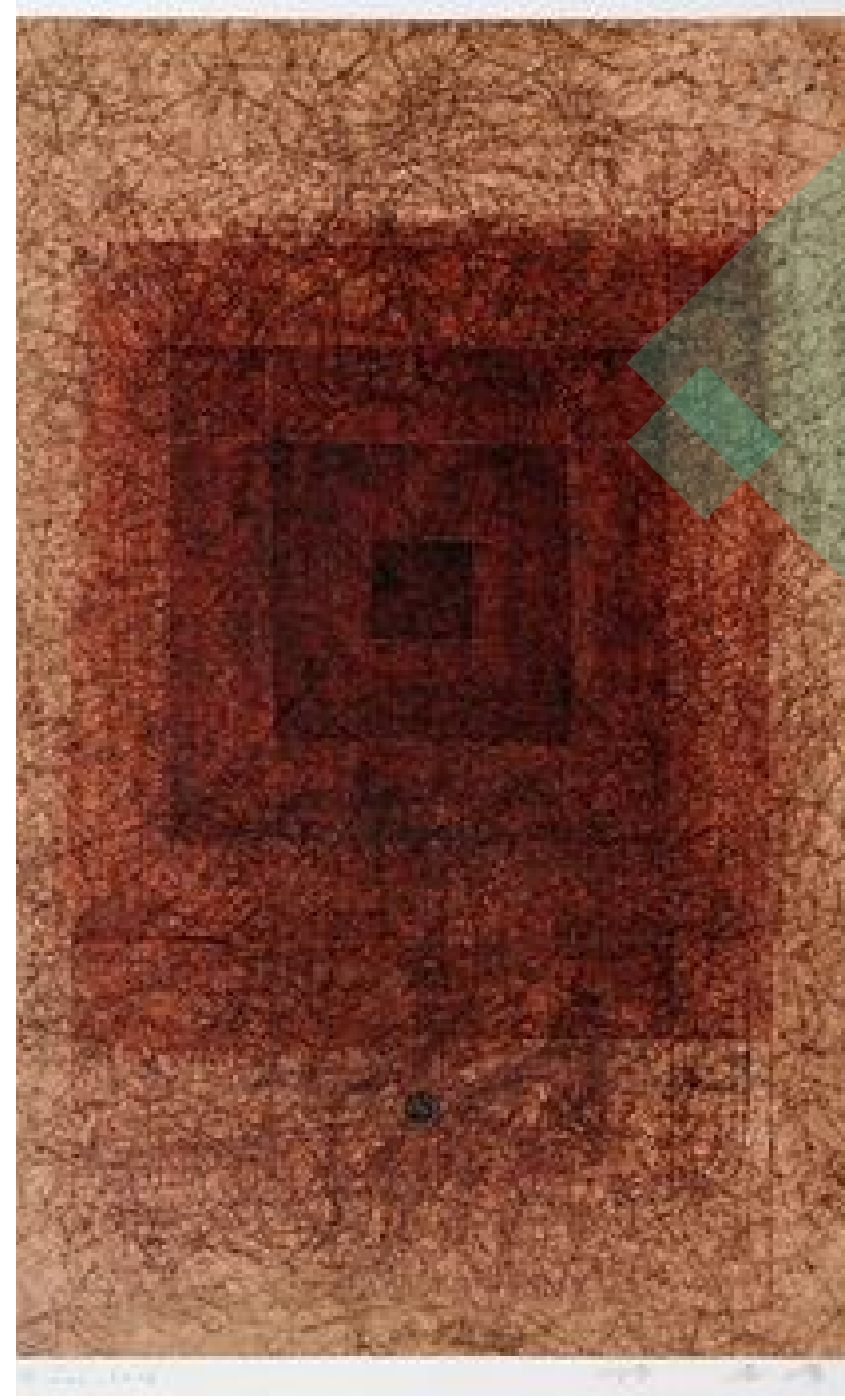
Objetivos de la clase

Explorar la manera en que se trató el agua en la Constitución de 1980.

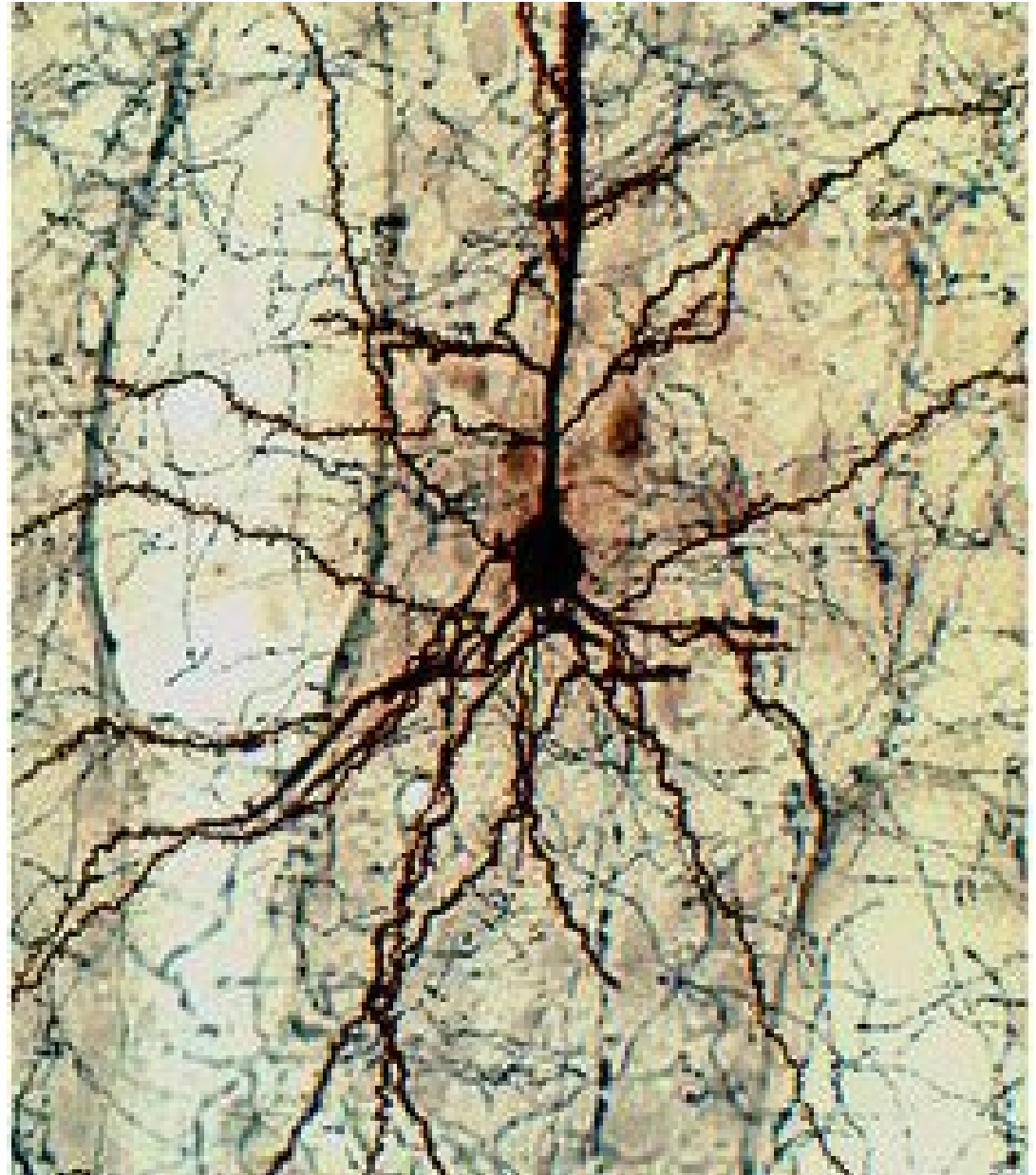
Revisar en especial, las discusiones sobre los derechos de aprovechamiento de aguas.

Estatuto Jurídico del Agua (¿o de los derechos de aprovechamiento?)

- ¡Propiedad!
- Hay que distinguir: Propiedad sobre el derecho, pero no sobre el agua.
- El agua es bien nacional de uso público, los derechos de aprovechamiento pueden ser privados.
- El agua es bien común. Hay una antinomia Constitucional y el contenido de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento es vacío.



Historia de la Disposición



Comisión Ortúzar

1. La comisión no estaba segura de si poner temas de aguas en la Constitución, pues otras constituciones no lo hacen (hacían).

(Sesion 182 de 14 de enero de 1976) El señor GUZMÁN expresa que tiene la impresión —muy a primera vista, naturalmente, ya que, dice, no ha revisado detenidamente los principales textos constitucionales de que se ha dispuesto— de que no existe en el mundo Carta Fundamental alguna, o casi ninguna, que considere el tema de las aguas. A su juicio, el problema del derecho de propiedad dentro de la Constitución chilena ha sido objeto de una frondosidad impropia de un texto de esa índole, de manera que, al iniciar el debate, quiere dejar planteada la pregunta: si existen otras Cartas Fundamentales que traten el caso de las aguas y con la minuciosidad, todavía, con que lo hace nuestro ordenamiento fundamental. Se pregunta si es conveniente que en Chile se haga este tratamiento tan especial, en circunstancias de que en otros países no existe texto constitucional alguno que considere específicamente este tema.

Estudio a 92 Constituciones identifica a Chile como el único país con expresa propiedad privada de derechos de agua

por El Mostrador (<https://www.elmostrador.cl/autor/elmostrador/>) | 29 marzo, 2021



- 31 países no tienen ninguna referencia específica y explícita al agua (10 América, 16 Europa y 5 Oceanía), como son los casos de Argentina, Estados Unidos, Dinamarca, Francia, Italia y Suecia.
- 10 países que reconocen expresamente el acceso al agua (uso personal y doméstico) y saneamiento como derechos humanos. La mayoría, dijo, corresponden a América (Bolivia, Ecuador, México, Perú y Uruguay, entre otros)
- De las 92 constituciones analizadas, Chile es el único país que consagra de manera explícita la propiedad privada sobre los derechos de aprovechamiento de aguas. Además, integra la lista de 70 naciones que incluyen el agua en preceptos más genéricos sobre recursos naturales”, destacó la académica

Comisión Ortúzar

- 2. La comisión no discute nada de medio ambiente, el agua es solo un bien para producir y para beber. En esos tiempos, no existían los conceptos de medio ambiente que ahora usamos, por lo que no es raro, pero es llamativo que nadie haga esa conexión, para efectos de estudiar la evolución de la norma.

Comisión Ortúzar

3. No se discute tampoco que haya prioridades en su uso, sino que se da por obvio.. Aparece en la primera redacción y luego se remueve, pero no por contrariedad, sino por estimarse de carácter meramente legal.

(Eyzaguirre)

Para terminar, sostiene que el problema de las aguas es altamente complejo, pues el derecho de aprovechamiento que sobre ellas recae no se puede asimilar a la propiedad que existe sobre una cosa corporal cualquiera —a pesar de que las aguas son cosas corporales—, sobre un inmueble cualquiera o sobre otro tipo de cosas. Ello porque las aguas son un recurso escaso, cuyo uso es de enorme importancia y que tiene determinadas precedencias que es preciso respetar. Por ejemplo, el agua de la bebida tiene primera preeminencia y se sobrepone a las aguas para riego y a las aguas industriales. Ese es un principio absolutamente reconocido. Hay que tratar, por tanto, de distribuir en la mejor forma posible este recurso escaso. De manera que dar un derecho de propiedad muy rígido sobre las aguas que actualmente tienen los particulares es también peligroso, porque muchos de ellos, en determinado momento, pueden tener aguas excesivas y, a través del acaparamiento de éstas, pueden llegar a privar de este elemento a regiones vecinas que sean fértiles. En consecuencia, se hace indispensable combinar el derecho de los particulares con la posibilidad que debe tener el Estado, dentro de ciertos límites, de administrar un recurso escaso y de primera preeminencia social y económica para el país.

Comisión Ortúzar

4. Hay mucha lógica de “el dueño es el mejor gestor”, en lo que se refiere a las obras artificiales (canales y embalses).

ORTUZAR

En seguida, piensa que la expresión “o que se constituyen en conformidad a la ley o que ésta reconozca” significa dejar en esta parte un campo muy abierto al legislador para que imponga condiciones tales, en el futuro, que realmente hagan imposible que sobre esas aguas pueda existir un derecho de dominio propiamente tal.

Añade que se quedó meditando en las observaciones que se hicieron en la última sesión, especialmente en las formuladas por el señor Evans, y la verdad es que llegó a la convicción —puede ser que esté equivocado, y por eso se permitió traer de nuevo a discusión esta materia— de que, en el fondo, lo que conviene, lo que se desea, al parecer, es que las aguas que corran por cauces artificiales y las que se almacenan en represas construidas por particulares, sean de dominio privado. Cree que si así ocurre, y no hay razones en contra, debería establecerse derechamente en el precepto constitucional que todas las aguas son bienes nacionales de uso público, salvo las que corran por cauces artificiales y las que se almacenan en represas construidas por particulares, agregando que la ley podrá limitar o regular la facultad de disponer separadamente del predio y de estas aguas

Comisión Ortúzar

5. Hay acuerdo sobre el hecho de que las aguas son BNUP, lo que se quiere regular es el estatuto jurídico de los derechos de aprovechamiento, para dar certeza y para evitar deterioro de obras artificiales.

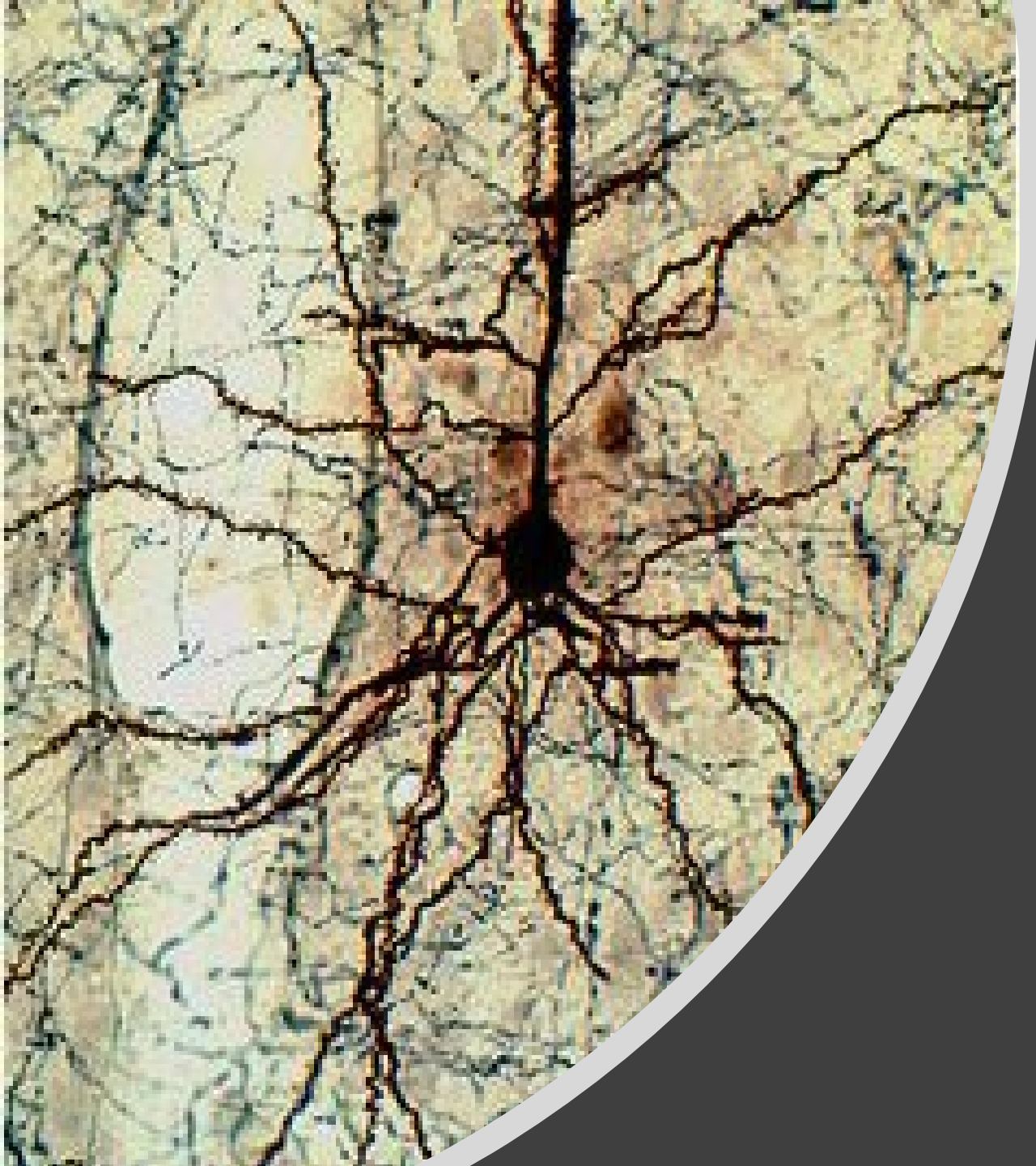
Sesión N° 183 del 02 de marzo de 1976

El señor ORTUZAR (Presidente) responde que dicha norma no se ha redactado. La idea es que el precepto constitucional no diga que todas las aguas son bienes nacionales de uso público, porque, en concepto de la Comisión, no debiera ser así por lo menos respecto de determinadas aguas, específicamente las aguas pluviales que se almacenan en un embalse, que tienen las características de aguas de dominio privado. Si ni siquiera se permite a un particular recibir las aguas lluvias y construir embalses para poder hacer regadío, y no se le da sobre esas aguas un cierto derecho de propiedad, nadie va a hacer esas obras en Chile. Entonces, la idea es no definir la calidad jurídica de las aguas, sino entrar a fortalecer el derecho de aguas constituido en conformidad a la ley, declarándolo como un derecho que tiene todas las características del derecho de dominio. Eso es lo propuesto por el señor Evans. Se trata simplemente de la aprobación en principio de una idea, a la cual la Mesa trataría de darle forma en una próxima sesión

Comisión Ortuzar

6. Prima en definitiva la idea de dar propiedad sobre los derechos, por seguridad jurídica

- “Por todas estas consideraciones, la Comisión considera que hay razones valederas suficientes para que los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorguen a sus titulares propiedad sobre ellos, y es ésta la idea precisa que contiene el anteproyecto. A este respecto, la Comisión ha dejado expresamente constancia en actas de que su espíritu es el de amparar, proteger y darle esta jerarquía, incluso a los actuales derechos que se han constituido de acuerdo a las disposiciones legales respectivas” (Citado en Navarro, Actas de las I Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas, 2017)



El texto Constitucional



- Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:
23º.- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.
Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes;



- Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:
 - 24º.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.
 -
 - Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos;

¿Qué ha dicho el TC?



TC 1309-09

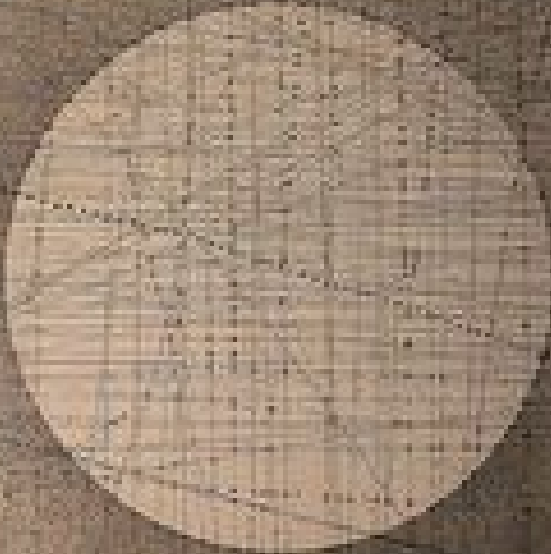
- SEXTO.- Que, de lo razonado más arriba, debe concluirse de manera nítida que el derecho de propiedad, en general y en particular el derecho de propiedad sobre las aguas, reconoce como límite su función social, en virtud de la cual se pueden establecer limitaciones específicas al mismo. Es del caso recordar que la propia Carta Fundamental señala, en el numeral 8º de su artículo 19, que es deber del Estado velar por que el derecho al medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, en tanto que el numeral 24º del mismo artículo entiende que la función social de la propiedad comprende la preservación del patrimonio ambiental, dentro de la cual cabe la conservación de los caudales de aguas, de lo cual deriva el deber del Estado de adoptar todas las medidas para evitar su agotamiento, en conformidad además con el artículo 2º, letra b), de la Ley Nº 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente;

TC 1309-09

- SÉPTIMO.- Que, por otra parte, la normativa constitucional contiene un mandato habilitante al legislador para establecer bajo qué condiciones y requisitos se adquieren derechos sobre las aguas, otorgándole a los particulares un verdadero derecho de propiedad sobre ellas. Dentro de ese marco se establece el precepto impugnado, que faculta a la autoridad administrativa para hacer la conversión que permite disminuir la entidad del derecho de aprovechamiento, pero que no contempla regla paralela que, en caso contrario, permita aumentarlo por igual vía;



La Doctrina



¡Propiedad! (Navarro, 2017)

- 1. La Historia Fidedigna de la Constitución lo refrenda
- 2. La Doctrina está conteste (Citas a Cea, Evans, Verdugo y Vergara Blanco)
- 3. Hay jurisprudencia que lo dice. (TC 1309-2009; Contraloría)



El Agua es un bien nacional de uso público (Zuñiga, 2017- Zuñiga 2005)

- Características de los Bienes Nacionales de uso Público:
 - 1. El dominio pertenece a la Nación toda, carácter que comparte con los bienes fiscales;
 - 2. Nadie puede disponer de ellos, ni gravarlos, a menos que medie la desafectación de los mismos a su fin público;
 - 3. Su uso corresponde en forma general y continua a todos los habitantes de la República. Ese uso se corresponde con la facultad inherente al derecho real de dominio, regulado por el Código Civil;
 - 4. Los bienes de dominio público están fuera del comercio humano, aun cuando no haya norma expresa al respecto. Lo anterior se ha desprendido de diversas disposiciones del Código Civil, como las de los artículos 1105, 1464 N°1, 1810 y 2498. La jurisprudencia también parece inclinarse por esta doctrina.
 - 5. Los bienes nacionales de uso público permiten su utilización privada (uso especial) mediante títulos administrativos como permisos, autorizaciones y concesiones, lo que además se encuentra expresamente permitido y regulado en el Código Civil (artículos 598, 599 y 602) y en las demás leyes que resultan atinentes.



¿Propiedad? Hay que distinguir

- Vergara
 - Hay una concesión administrativa, sobre la que se constituye propiedad.
- Celume :
 - Hay propiedad sobre el derecho, no sobre su contenido.
 - La mayoría de las legislaciones entregan derechos de uso



El Agua es Bien Nacional de Uso Público

- Atria y Salgado
 - Propiedad consitucional es diferente que la civil
 - Hay un regimen de aprovechamiento
 - Es un regimen sobre un BNUP- no apropiables
 - El Regimen es modificable

El Agua es un Bien Común

- Código Civil
 - Art. 585. Las **cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio**, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas. Su **uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta**, y entre distintas naciones por el derecho internacional.
- Constitución
 - ART. 19º, 23º.- La libertad para adquirir el Dominio de toda clase de bienes, **excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres** o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.



- Mattei (2011).

Mattei, Ugo (2011): Beni comuni. Un Manifesto (Roma-Bari, Laterza).

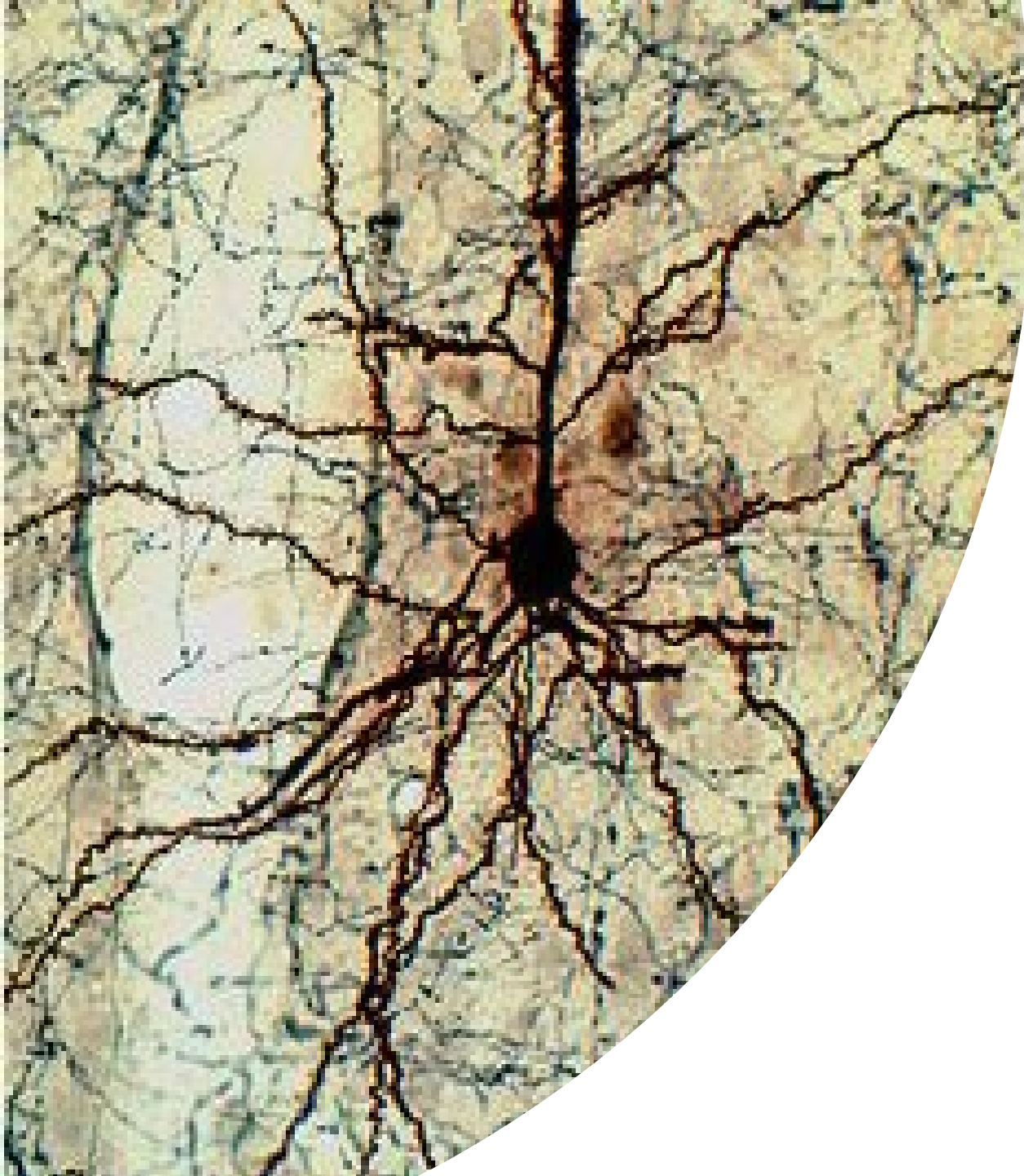
- Proviene de visión ecológica y no económica
- Su centro es el acceso igualitario
- No son objetos, sino un vínculo
- Fueron relegados a una institución “salvaje” y pre-moderna
- Se oponen a la propiedad pública y privada
- Se parecen a los intereses difusos
- Requieren participación y democracia en su gestión
- Se rigen por el libre acceso para satisfacer derechos fundamentales



La Función Social de la Propiedad y los límites al legislador

- Duguit (1987-edición): “todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar in cierto trabajo que solo él puede realizar. Solo él puede aumentar la riqueza material haciendo valer el capital que posee. Está pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad no es pues el derecho subjetivo del propietario, es la función social del tenedor de la riqueza”
- Ruiz Tagle (2015): “La función social regulada en el art. 19 N°24 se refiere de modo general a la admisibilidad del interés colectivo como un límite a la propiedad pero también puede ser considerada como parte sustancial del contenido esencial de la propiedad”





Constitución del 80 y el agua

Derecho de Aguas 2020-2, Facultad de
Derecho, U. de Chile

Profs. Pilar Moraga- Ezio Costa