

relación a tales usos. De un extremo a otro ha girado el Derecho chileno, como resultará visible de la exposición que realizaremos a continuación de la legislación aplicable.

Sin embargo, siempre cabrá argumentar que el necesario ajuste de las reglas de apropiación a la finalidad de la publicación hará difícil señalar una particularidad común a toda fórmula concesional. Ello salvo lo expresado por ALONSO MOYA (1951, pp. 31 y 32), quien señala que:

“Exigen éstos [*los bienes públicos*] la intervención del Poder público, en el disfrute y aprovechamiento de aquellas cosas que, aunque son de uso común, no bastan para el consumo de todos. La sociedad no puede abandonarlas al interés o la codicia individual sin ocasionar grandes perturbaciones en el orden público; y el fomento de la riqueza exige por otra parte que se dé la preferencia a aquellos aprovechamientos que más puedan contribuir a ella, distribuyendo esos bienes comunes con la misma economía y acierto con que un prudente padre de familia distribuye los suyos. Con estas razones sostienen los escritores consagrados al estudio de este ramo especial de la Administración pública la conveniencia de declarar del dominio público todas las corrientes de aguas como único medio de distribuirla con acierto y de conciliar las necesidades de la navegación, de la agricultura y de la industria”

En definitiva, un sistema concesional no necesariamente va a conseguir una eficiente asignación del recurso. Sin embargo, su carácter neutral va a permitir que a través suyo se originen derechos subjetivos revestidos de determinadas cualidades (tales como la exclusividad, la transferibilidad y la ejecutabilidad) que los hagan susceptibles de ser asignados a sus usos de mayor valor. Ello, sin perjuicio, de que dependerá de la regulación que se le dé a los derechos concesionales atendiendo a la finalidad de la publicación.

§3. PERSPECTIVA HISTÓRICA: LOS MODELOS DE REGLAS DE ACCESO Y APROPIACIÓN ANTE EL USO EXTRACTIVO DE LAS AGUAS

A) Derecho hispánico medieval: la confluencia de los modelos ripariano y concesional

En el Derecho hispánico medieval surge una tendencia patrimonializadora de los bienes que actualmente denominaríamos como públicos. De tal

suerte, aun bajo el influjo del Derecho romano, se entendía que tales bienes (incluyendo las aguas) eran comunes, en cuanto destinadas al uso común (VERGARA BLANCO, 1998b, p. 235). Conceptualización ésta que, luego, fuera patrimonialmente aclarada situando las aguas en la categoría de la *iura regalia*, o bienes patrimoniales del Rey. La regalía evolucionará desde una concepción personal de patrimonio del Monarca, a una idea institucional de patrimonio de la Monarquía o de la Corona (VERGARA BLANCO, 1998a, pp. 45-47).

En el Libro VIII, Título V, Ley XXXIX del Fuero Juzgo (654), se advierte una cierta dualidad en el tratamiento del *aqua profluens*. Por una parte, en los grandes ríos (calificados por fines de pesca o navegación) se asignaba un derecho preferente de uso a los propietarios ribereños, admitiendo incluso su cierre hasta la mitad del río, y, por la otra, se aseguraba a todos los hombres que al menos la otra mitad quedaría libre para su uso común. Estas mismas ideas se reiterarán luego en el Fuero Real (1252-1255). El Libro IV, Título VI, Ley VI disponía que ningún hombre podía cerrar los ríos mayores, nuevamente calificados por sus fines de pesca o navegación. En cualquier caso, los propietarios ribereños podían usar las aguas que les fueren necesarias, con tal que no se afectare el paso de las naves ni a los pescadores, bajo el apercibimiento de sanción pecuniaria.

El sistema ripariano se enmarca, entonces, en la lógica del acceso restringido al recurso, aunque únicamente a fines de extracción. De ahí la importancia de las sanciones a las que los propietarios ribereños se enfrentaban en caso de que el uso extractivo impidiese actividades económicas tan relevantes como la navegación y pesca. De hecho, la regla de apropiación no se fijaba en atención al uso razonable del recurso o a las necesidades de otros propietarios ribereños, sino únicamente en razón de la protección de la navegación y pesca.

Sin embargo, paralelamente existen algunas referencias a una cierta titularidad del Monarca respecto a las aguas, una regalía, como se aprecia en las leyes de las Cortes de Nájera (1137), cuando se dispone que “*Todas las aguas, é pocos salados que son para facer para sol, é todas las rentas dellas, rindan al Rey, salvo las que dio el Rey por privilegio, ó las ganó alguno por tiempo en la manera que devía*”. Nociones estas que se reiteran en el Ordenamiento de Alcalá (1348), en Ordenanzas Reales de Castilla

(1484) y en la Nueva Recopilación (1567). Esta tendencia se manifestó con mayor fuerza en el Reino de Navarra que expresamente consideraba todos los ríos como regalía del Príncipe (excluyendo únicamente los que nacían en terreno particular, que, por su escasa cantidad o por no ser perennes no pudiesen emplearse en utilidad pública), de modo que el acceso particular sólo podía lograrse por medio de real licencia¹⁶

De ahí una clara referencia al germen de un sistema concesional, pero la publicación de las aguas (como respecto a todas las regalías menores) no parecía impulsada por fines distributivos del recurso, sino esencialmente en constituir una fuente de ingresos para el Monarca. La técnica regaliana, señala MARTÍN MATEO (1971, p. 34), se tradujo en el robustecimiento “de la autoridad del príncipe asentada sobre privilegios de base económica”, de tal suerte que implican, al menos, una intervención pública en la actividad económica, a modo de obtención de ingresos o de conformación de monopolios reales. La unión entre las regalías menores y el sistema concesional es puesta de manifiesto por VILLAR PALASÍ (1950, pp. 82 y 83) como punto central en la evolución de ambos conceptos, de tal suerte que “La *concessio principis* implicó siempre una dejación dominical a favor del particular, y a través de la *regalia minora*. Sin embargo, el título dominical del particular estaba siempre pendiente del pago puntual del canon y Ancona (...)” O, finalmente, como resume VERGARA BLANCO (1998b, p. 235):

“La intervención administrativa es intensa, por la previa publicación que ha operado en el sector. La necesidad de previa merced, que corresponde otorgarla a la autoridad, la fiscalización del uso efectivo del agua y la resolución de conflictos a través de la distribución, la evidencian”

Una síntesis de ambas tendencias se revela en la Novísima Recopilación de las Leyes de España (1805), en tanto la Ley N° 1, del Libro IX, Título XVIII, disponía que las pilas y fuentes (así como las minas y pozos de sal) pertenecían a la Corona, ordenando se recaudasen a su favor todas las rentas que de ellas derivasen, y que nadie se entrometiese en ellas, salvo que

¹⁶ Para una referencia de la evolución de estos conceptos, y, especialmente de la regalía de las aguas como fuentes de ingresos para la Corona, *vid.* JORDANA DE POZAS, 1962, pp. 17-20.

hubiesen recibido privilegio o los hubiesen ganado por tiempo inmemorial. Adicionalmente, la Ley VII, Título XXVI de su Libro VII disponía la prohibición de cerrar o embargar canales y ríos que entraren por los términos de las ciudades y villas, por donde soliesen andar los navíos y pescadores, y aprovecharse de ellos de otros oficios, de que comúnmente acostumbrasen aprovecharse de ellos los vecinos de tal lugar y tierra, cuando los hubieren menester, bajo el apercibimiento de una sanción de seiscientos maravedís y la orden de poner fin al embargo o cierre a su costa. La excepción, sin embargo, ya no se daba respecto a los propietarios ribereños, sino respecto de aquellos que “*mostraren privilegios de los Reyes donde Nos venimos*”, pudiendo ejercerlos conforme a los términos del privilegio otorgado, o conforme “*se le da por juro de heredad*”

La continuación de este análisis histórico lo situamos en la regulación ofrecida en las Partidas atribuidas a Alfonso X. En la Partida III, XXVIII, Ley N° 2, la clasificación de los bienes –incluyendo nuevamente apropiables y no apropiables– se ciñe a la división propuesta por el Derecho romano, incluyendo las *res comunes*, *res publicæ*, *res universitatis*, *res singulorum* y *res nullius*. Ahora bien, ya referidos específicamente al dominio público, nuevamente se atribuyen a éste varios sentidos, incluyendo –otra vez– su confusión con las cosas comunes (COLOM, 2006, pp. 29 y 30). La Partida III, XXVIII, III incluye las aguas de la lluvia como bienes comunes, destacando que cualquier criatura podía usar de ellas a su menester. Estas ideas bien nos recuerdan el régimen de libre aprovechamiento, impulsado por el Derecho romano, manteniendo económicamente a las aguas bajo la etiqueta de los “recursos comunes”. Sin embargo, obsérvese que tal régimen no se asigna ahora al *aqua profluens* sino a las “aguas de lluvias”, de modo que los ríos serán públicos o privados dependiendo de su navegabilidad.

La Ley VI del mismo título agregaba que los ríos (navegables), puertos y caminos públicos pertenecían a todos los hombres comunalmente, independiente de su nacionalidad. Como señala GALLEGO ANABITARTE (1986, p. 131), se ha producido aquí una síntesis entre los *res comunis omnium* y los *res publicæ* del Derecho romano. Su carácter común embarazaba a los propietarios de los terrenos ribereños, quienes no podían objetar las actividades de aprovechamiento efectuadas por cualquier persona, incluyendo, ejemplarmente, el atraque de los navíos, la venta de mercaderías y

otras semejantes. Ahora bien, una característica especial de este régimen parece advertir, a la vez, limitaciones en las formas de aprovechamiento y una escala de preferencia en los diversos usos de los recursos hídricos. Así la Ley VIII, agregaba que no podían construirse molinos ni otros edificios si ello embarazaba el uso común de la navegación, y la Partida III, XXXII, XVIII agregaba que sólo podía construirse un nuevo molino si no se embargare o menguare el corrimiento de agua de un molino anterior. Y he aquí una primera referencia a un criterio de restricción como regla de apropiación de las aguas, fijado al menos en atención a la posibilidad de embargo o mengua a otros usuarios (molineros), conforme a un régimen de preferencia temporal.

Por su parte, los ríos privados, no navegables, estaban sujetos al dominio de los propietarios ribereños¹⁷, de modo que sus aguas estaban insertas en el comercio humano. La forma en que el aprovechamiento se llevaba a cabo era mediante el modelo de las servidumbres (Partida III, XXXI, IV), aunque el sistema añadía ciertas particularidades, tomando en consideración (al parecer) las especiales características del recurso como parte de una única corriente. Por ello se observan ciertas cualidades adicionales que bien vale la pena anotar, cuales son: *i*) sólo podrían constituirse nuevas servidumbres en caso de contar con el consentimiento del primer beneficiario a quien le fue otorgada, a menos que el agua fuere suficiente para ambos (Ley V); *ii*) las servidumbres (por su naturaleza accesorias) no podían enajenarse independientemente de los predios dominantes (Ley XII); y, *iii*) los canales podían ser destruidos o enmendados por orden judicial, si hubiese producido daño a los vecinos, sobre todo por peligros de derrame (Partida III, XXXII, XIII).

Como anotan CALVO y PEREYRA (1862, pp. 8 y 9), la propia naturaleza del bien hacía también que el dominio no tuviese un carácter absoluto, sino que debía respetar los iguales derechos que se habían concedido a los demás propietarios ribereños. El agua viva, la unidad de la corriente, hacía que cada derecho debiese estar esencialmente limitado a no perjudicar los

¹⁷ Este sistema también admitía el aprovechamiento de las aguas de ríos privados mediante el otorgamiento de licencias (concesiones, diríamos en la actualidad) aunque éstas no fueran comunes en Castilla, sino en Aragón.

derechos del resto. Ello suponía, por una parte, que el propietario inferior no podía rechazar la corriente que venía de más arriba, como tampoco el propietario superior podía evitar injustamente su corrimiento. Pero estas limitaciones (este interés colectivo en la conservación natural del cauce) no se justificaba en la publicación de los ríos no navegables, satisfaciéndose aquél mediante la mera tutela judicial del cumplimiento de las limitaciones antes señaladas.

Esta propietarización de las aguas de los ríos privados ahora sí supone un claro mecanismo de exclusión. Liberados de los fines de la navegación, que hemos visto pesaban bastante en el régimen de los cursos fluviales, carecía de sentido mantener un carácter público, ni motivos para impedir que el propietario ribereño se beneficiase de ellos sin causar daños a terceros. Sin embargo, dada la tecnología de la época, escasamente puede hablarse de un derecho cuyo contenido se encontrase precisamente delimitado, salvo el criterio del *salve iure tertii*, lo que podía dificultar los mecanismos de reasignación. La limitación anotada, en el sentido de conceder protección al primer propietario que hubiere obtenido una servidumbre a su favor, servía como restricción ideal y abstracta, pero requería de un ejercicio actual de modo de que las nuevas servidumbres no afectasen sus derechos ya adquiridos. El problema era señalar la extensión de tales derechos, dado que éstos no estaban debidamente cuantificados.

Por su parte, tanto el mecanismo de asignación como de reasignación del recurso se revelaba unido a la tierra de diversos modos. *En primer término*, la titularidad se concedía a quien ostentase la calidad de dueño del terreno ribereño, con independencia de quién fuere y de si realmente necesitaba o no de las aguas para su aprovechamiento. Esta idea sería económicamente desastrosa si no se admitieren mecanismos de reasignación, en tanto impedirían su destinación al uso de mayor valor, e incluso a su real aprovechamiento, en tanto el carácter ribereño no es necesariamente indiciario de que el titular del predio las necesitare para alguna finalidad. *Luego*, la posibilidad de constituir servidumbres, como mecanismo de reasignación, servía a tales fines, pero, nuevamente, se vinculaba al aprovechamiento que favoreciere al predio dominante. No se reconocía aún, y es lógico que a la época no existieran, aprovechamientos diferentes al servicio de las labores agrícolas o domésticas. Y, *finalmente*, en razón de utilizar la técnica de las

servidumbres prediales, era imposible iniciar nuevos procesos de reasignación, sino mediante la enajenación del predio dominante.

B) Derecho chileno: el progresivo abandono del modelo ripariano y el fortalecimiento absoluto del modelo concesional

1. La lógica concesional bajo la idea de la intervención administrativa en la distribución del recurso

Como es de suponer, la legislación indiana relativa a las aguas siguió aplicándose en Chile, al menos, hasta la regulación ofrecida por el Código Civil (1855). Previo a éste hay ciertos antecedentes, destacando especialmente un Decreto Supremo de 18 de noviembre de 1819, por medio del cual se reguló cuantitativamente el derecho que correspondía a cada particular en el aprovechamiento de las aguas de cualquier río, por medio del persistente concepto de “regador” (“*una sexma de alto, una cuarta de ancho, con el desnivel de quince pulgadas*”). Lo relevante de dicho decreto se resume, más que en su letra, en la configuración jurídica de las aguas como “bienes públicos” y en el establecimiento de un sistema concesional, aun bastante básico, para la configuración de derechos de aprovechamiento de aguas (VERGARA BLANCO, 1990, pp. 113 y 114). Pero también cabe hacer notar el establecimiento de un sistema de acceso restringido para la extracción de las aguas, complementado por una regla de apropiación ahora sí determinable conforme a una cuota.

Un segundo cuerpo normativo a tener en cuenta, siguiendo la misma línea, se encuentra en el artículo 118 de la Ley de Municipalidades, de 8 de septiembre de 1851, el cual dispuso que “*Los ríos y las demás corrientes de uso común de los habitantes están sujetos a la acción de las municipalidades en cuanto a establecer reglas para el buen uso de las aguas mientras corran por el cauce natural y ordinario, y para determinar generalmente la forma y seguridades con que deben construirse las tomas o los marcos de las acequias o canales que de dichos ríos se sacaren. // Sacada el agua de la corriente común, sólo quedará sujeta a la acción municipal en cuanto lo exigieren las reglas generales de policía de salubridad y las que se dictaren para mantener expedito el tránsito por los caminos del departamento y del territorio municipal. // Las mercedes o permisos para sacar agua de un río o un estero, corresponden al jefe del departamento en el que el saque o*

toma haya de establecerse, sin que en virtud de estas mercedes se adquiriera más derecho que el que corresponda por las leyes comunes, atendida la antigüedad y preferencia en la merced entre los varios interesados”¹⁸

Es de observar que, aún sin revelar expresamente su carácter de “bien público”, el mismo podía deducirse de la enunciación de las aguas corrientes (en sus cauces naturales y ordinarios) como bienes de uso común. La intervención administrativa se manifestaba, *por una parte*, mediante la regulación para el buen uso común y, especialmente, de las construcciones efectuadas para sus tomas y desvíos, y, *por la otra*, de modo más relevante, por medio del establecimiento de un sistema concesional que se traducía en el otorgamiento de mercedes o permisos, cuyo contenido quedaba entregado a reglas de carácter sustantivo. El señalado artículo 118 era, en este sentido, una norma de competencia que no pretendía regular el trasfondo de los derechos de aguas, de modo que, pese a la constatación del carácter público de las aguas corrientes, no otorgaba suficientes indicios acerca de las motivaciones de tal demanialidad, aunque nuevamente sentaba fuertes bases para distinguir un sistema de acceso abierto para el uso de las aguas en su fuente (actividades no extractivas) y un acceso restringido respecto a los aprovechamientos que implicasen extracción.

2. La reconducción de las aguas a la categoría de los bienes públicos en la legislación civil: nuevamente, la convergencia de los modelos ripariano y concesional

La promulgación del Código Civil en 1855 (y su entrada en vigencia el 1 de enero de 1857) completaron de algún modo el contenido de esta regulación, aunque, como lo hace respecto a todos los bienes nacionales de uso público, delega su tratamiento en otras disposiciones del mismo código y en ordenanzas generales o locales (artículo 598 CC)¹⁹. Su incardinación,

¹⁸ Disposición que se replica, sin mayor diferencia, en la Ley de Municipalidades, de 12 de septiembre de 1887, y totalmente modificada con la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades, promulgada el 24 de diciembre de 1891.

¹⁹ Nótese que LIRA y DE LA MAZA, 1940, p. 8, explican la referencia a las ordenanzas locales por las diferencias hidrográficas que existen en todo el territorio nacional, que dificultan, a su juicio, la promulgación de reglas generales en esta materia. A su vez, VERGARA DUPLAQUET, 1960, p. 11, agrega que Andrés Bello previó “las dificultades que presentaba la materia en

aún parcial, en la categoría de los bienes nacionales de uso público no es una declaración insignificante, sino que nos obliga a la reconducción del tema a las explicaciones que haremos respecto a esta clase de bienes en los Capítulos siguientes.

Respecto a la naturaleza jurídica de las aguas, el planteamiento original del citado Código distinguía aquéllas sometidas al dominio público o privado, dependiendo de las características físicas de los cursos de aguas. Ahora bien, respecto a la publicación de la mayor parte de las aguas, el Código Civil no contiene especiales referencias que nos puedan ayudar en la búsqueda de la lógica de la publicación, salvo en lo que se refiere a posibilitar, de algún modo, un uso público, destinado a los administrados para el emprendimiento de actividades extractivas y no extractivas. Respecto a estas últimas, son pocas las luces que nos concede el ordenamiento civil, en que el foco de atención está dado para la extracción de las aguas. Y, a efectos de regular esta forma de uso, se establecen dos mecanismos alternativos, que bifurcan la lógica de este régimen jurídico: *i)* el uso asignado a los propietarios ribereños, y *ii)* el uso concedido mediante una merced.

a) La supervivencia del sistema ripariano en el Código Civil

Respecto al *sistema ripariano*, el artículo 834 CC original disponía que “*El dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren naturalmente por ella, aunque no sean de su dominio privado, el uso conveniente para los menesteres domésticos, para el riego de la misma heredad, para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas y abrevar sus animales*” Siguiendo este modelo, los propietarios ribereños obtenían, por el hecho de ser tales, derechos de aprovechamiento sobre las aguas que cruzaban su heredad. Como señalan LIRA y DE LA MAZA (1940, p. 52), “Para ejercitar este derecho de uso, los riberanos no necesitan de ningún permiso, ni de mercedes o concesiones especiales. Les basta su calidad de dueños de las heredades atravesadas o circundadas por el cauce natural”, a lo que CLARO SOLAR (1979, T. IV, p. 72) agregaba que:

Continuación nota ¹⁹

razón de la falta de conocimiento práctico y sin duda pesó en él la idea de que era menester que se ordenara y consolidara la propiedad sobre la tierra primero, para llegar luego al sano repartimiento de las aguas; dejó así a la mayor experiencia de las generaciones posteriores, la tarea de legislar sobre éstas en forma completa”

“La ley toma en cuenta la situación especial de los propietarios ribereños de los ríos y demás aguas que corren por cauces naturales, su proximidad a las aguas es un título para el aprovechamiento de ellas sin necesidad de concesión alguna de la autoridad pública o de intervención de esta autoridad en la constitución de tal derecho (...)”

Pero adviértase nuevamente que este sistema era complementado con una regla de apropiación, aunque nuevamente determinable, referida al “uso conveniente”, al solo efecto de destinarlas al servicio de las mismas, y sólo hasta el extremo en que hubiesen sido necesarias, por cuanto el mismo artículo 834 agregaba que “*deberá hacerse volver el sobrante al acostumbrado cauce a su salida del fundo*”²⁰. El propósito de la ley, agrega CLARO SOLAR (1979, T. IV, p. 74), era que “el agua sea aprovechada en todos los predios que la corriente natural recorre, y que se use de las aguas el mayor número de propietarios riberanos”

Este primer modelo debió ser posteriormente complementado a efectos de determinar la forma en que los propietarios ribereños podían aprovecharse de las aguas, sea para fines de riego (Reglamento N° 1.985, de 20 de junio de 1927, sobre distribución de las aguas) o para aprovechamiento industrial (Ley N° 2.068, de 30 de diciembre de 1907). Ello, sin perjuicio de las limitaciones genéricas contenidas en el artículo 835 del Código Civil original, referidas al uso que correspondía a los propietarios ribereños de predios inferiores que tuviesen preferencia para el aprovechamiento de las aguas; a las ordenanzas que proveían al beneficio de la navegación o flote o reglaban la distribución de las aguas de los propietarios ribereños²¹; o

²⁰ O, como señala CLARO SOLAR, 1979, T. IV, p. 74, deben ser destinadas a un “uso conveniente”, entendiéndose por tal un uso útil, provechoso y proporcionado al fin perseguido, y no podría el riberano invocar el artículo 834 para sacar el agua de la corriente sin beneficio alguno para el predio y privar así de su uso a los riberanos inferiores.

²¹ El artículo 835 del Código Civil original disponía que “*El uso de las aguas que corren por entre dos heredades corresponde en común a los dos riberanos, con las mismas limitaciones y será reglado en caso de disputa por la autoridad competente, tomándose en consideración los derechos adquiridos por prescripción u otro título...*” De ello se deduce que, salvo privilegio, los propietarios ribereños tenían igual derecho de aprovechamiento de las aguas, debiéndose respeto el uno al otro, de modo que los conflictos debían ser resueltos conforme a esta vara por parte de los tribunales, siguiendo el procedimiento dispuesto en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil, relativo a los juicios de distribución de aguas.

cuando las aguas hubiesen sido necesarias para los menesteres domésticos de todos los habitantes de un pueblo vecino.

b) El perfeccionamiento del sistema concesional en el Código Civil y leyes complementarias posteriores: la finalidad de la publicación de las aguas en la coordinación y la fuente de ingresos fiscales

El segundo modelo respondía íntegramente a la *lógica concesional*: el propietario no ribereño proseguía un procedimiento administrativo para la obtención de un derecho *ex novo* (una “merced de aguas”) que le permitiese el aprovechamiento de las aguas públicas de acuerdo a los términos de su título. Sin embargo, este segundo sistema era dependiente del anterior, en términos que las mercedes de aguas sólo podían constituirse si el uso de los riberanos lo permitía, dado que el propio artículo 860 CC disponía que ellas se entenderían sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos en las aguas (CLARO SOLAR, 1979, T. IV, p. 73). Ello no obstante que el beneficio de la merced sólo podía obtenerse previa constitución de una servidumbre de acueducto que, a diferencia del modelo de las Partidas (III, Ley N° 4, título 31) y del Código Civil francés, fue originalmente configurada por el artículo 861 CC como una servidumbre legal (y, por tanto, obligatoria) que gravaba a toda heredad “*a favor de otra heredad que carezca de aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o, a favor de un pueblo, que las haya menester para el servicio doméstico de los habitantes, o a favor de un establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus máquinas*”.

Pero la doctrina y jurisprudencia sólo alejaron la lógica concesional del ámbito estrictamente privado, pero no toda la configuración del derecho que conformaba la merced. Este derecho fue caracterizado entonces como “derecho real”, bajo la denominación del artículo 577 CC, como aquellos que se tienen sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Y, como tal, susceptible de dominio (amparado por la acción reivindicatoria) y de posesión (amparado por las acciones posesorias) (LIRA/DE LA MAZA, 1940, pp. 19-21).

Tales mercedes eran clasificadas de acuerdo a los fines para los que hubiesen sido solicitadas, de lo que se deduce un carácter limitado del

derecho. No se trataba de un simple derecho de aprovechamiento, sino de un uso destinado a los fines para los que fue solicitado. De ahí que se hablaba de mercedes para regadío (sujetas al régimen del Decreto Ley N° 160, de 18 de diciembre de 1924), mercedes para fuerza motriz (obtenidas conforme a la Ley N° 2.068, de 30 de diciembre de 1907), mercedes para la producción de energía eléctrica (sujetas a los términos del Decreto con Fuerza de Ley N° 244, de 15 de mayo de 1931, conocida como la Ley General de Servicios Eléctricos), mercedes para fines industriales generales (concedidas, entre otros, conforme al Decreto Ley N° 160 antes citado y el Decreto N° 649, de 26 de marzo de 1920), mercedes para usos domésticos (otorgadas, nuevamente, de acuerdo al sistema previsto en el Decreto Ley N° 160) y mercedes para fines de minería (sujetas a los términos del Código de Minería de 1931) (LIRA/DE LA MAZA, 1940, p. 74).

Asimismo, y a diferencia del derecho de uso que correspondía al propietario ribereño, su cuantía no estaba sujeta al criterio determinable del “uso conveniente”, sino que la regla de apropiación se traducirá en la unidad precisa de los “regadores”, denominación que vimos se había consagrado ya en el Decreto Supremo de 18 de noviembre de 1819. La regla de apropiación, en consecuencia, quedaba previamente determinada por la autoridad, y no sujeta a un criterio que pudiese derivar en controversias.

Punto común de todas estas clases de mercedes consistía en que su obtención dependía del pago de ciertos derechos (con excepción de las mercedes para usos domésticos) y que su cesión o transferencia quedaba sujeta a la obtención de una autorización administrativa, dando lugar al pago de nuevos tributos. El procedimiento concesional previsto en el Decreto Ley N° 160, de 1924, suponía un decreto de concesión provisoria sujeto al pago en tesorería de la suma en él determinada (dependiente de las hectáreas a regar, de los litros a utilizar en las labores industriales o de los caballos proyectados para la fuerza motriz), pagos que debían ser renovados cada diez años, bajo el apercibimiento de la caducidad de la concesión. El decreto de concesión definitiva, por su parte, estaba sujeto a la presentación de un proyecto definitivo y, nuevamente, al pago de una tasa ascendente a la mitad de las cantidades fijadas para las concesiones provisionales. Estas circunstancias daban cuenta de la subsistencia del interés en la obtención de ingresos para las arcas fiscales (como ocurría en el régimen de las regalías menores en la época medieval) como justificación de la publicación de las

aguas, aunque de su regulación se vislumbran otras motivaciones, como la coordinación en el uso del recurso y la sujeción a un modelo de distribución basado en los designios de la autoridad central.

c) La intensificación de la intervención administrativa como resultado de la variación de la finalidad de la publicación

Pero la connotación pública del régimen de las aguas se hizo más evidente aún con la regulación creada por la Ordenanza sobre Distribución de las Aguas, de 3 de enero de 1872, especialmente en lo que se refería a resolver los problemas de asignación en periodos de sequía. Así, su artículo 1° dispuso de un sistema por turnos en ríos y canales para tiempos de escasez, basado en la idea del reparto equitativo de las aguas, proporcional al caudal que ordinariamente llevaba cada canal. Norma que, para nuestros efectos, reviste cierta importancia en tanto intensificaba el régimen público del recurso y justificaba esta mayor intervención administrativa de las aguas en fortalecer el carácter de bien sujeto a acceso público, incluso en tiempos de sequía.

Ahora bien, un nuevo ingrediente para justificar la publicación se traslucía de la Ordenanza sobre Policía Fluvial y de Irrigación del Valle de Copiapó, de 30 de enero de 1875, y de la Ordenanza para la Distribución de las Aguas del Río Huasco dentro de los Límites del Departamento de Vallenar, de 3 de enero de 1880. En ambas ordenanzas, aunque específicas, se señalaba como materia de regulación *la conservación de las aguas, de sus afluentes y vertientes*. Esta conservación, se desprende de la propia normativa, no debe entenderse aún en términos ecológicos (problemática más actual), sino en relación a los derechos de aguas legalmente constituidos. Ello significaba que los caudales debían mantenerse, evitando sustracción de las aguas y desvíos no autorizados, de manera de preservar la distribución de las aguas de la manera en que ella fue asignada por las autoridades competentes. En suma, los sistemas de vigilancia y policía fluvial seguían justificándose en la preservación del acceso privativo otorgado bajo la técnica del procedimiento concesional y de las mercedes de aguas.

Sin embargo, ya era posible denotar un giro conceptual profundo en esta materia con la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades, promulgada el 24 de diciembre de 1891, que ponía en el centro del

sistema concesional el fomento de la agricultura (artículo 26, número 2). No obstante, esta declaración original no pareció incidir mayormente en el régimen público de las aguas, ni generó preferencias especiales para su otorgamiento, sólo enunciando que corresponde a las Municipalidades “*conceder, sin perjuicio de derechos adquiridos por terceros, mercedes de aguas de ríos y esteros de uso público (...)*” Sin perjuicio de lo anterior, hemos de notar que, al menos a contar de esta normativa, la legislación de aguas chilena siempre se ha estructurado poniendo especial atención y tomando como principal modelo los usos del agua para fines de la agricultura. Sólo con el Código de Aguas de 1981 (en adelante, “CA”) se atisba un modelo alternativo, mediante la incorporación de los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos.

Por su parte, el Reglamento para la Concesión de Uso de las Aguadas de las Provincias del Norte, de 22 de septiembre de 1893, se fundamentaba, como el propio texto expresaba, en la constitución de un sistema especial de concesión para el resguardo de los intereses generales y particulares involucrados. Y he aquí por fin una argumentación relevante para comprender los intereses generales a los que la propia norma hacía referencia, manifestados con tal intensidad que ameritaban la publicación del recurso. El artículo 3° del referido reglamento disponía la caducidad del derecho para el caso que éste fuere usado para un aprovechamiento diferente para el que fue concedido, y, más relevante aún, el artículo 6° también sancionaba con caducidad el hecho de que el concesionario no hiciese aprovechamiento de la aguada, dentro del plazo que se le señalare, para el uso para el cual le fue concedido su derecho.

A partir de esta norma, aún específica al sistema concesional de ciertas provincias del norte del país, debe entenderse que el interés general que fundamentaba la publicación no residía únicamente en el acceso público de las aguas, sino ya específicamente en que las aguas fuesen efectivamente aprovechadas para el uso específico que ameritó su otorgamiento. Así, se mantiene la técnica de la publicación, pero se amplían sus motivaciones, dando lugar a un régimen jurídico diverso. No interesaba ya al legislador el fomento del uso público, del acceso a las aguas por parte de todos los habitantes de la nación, sino que se exigía que quien adquiriese un derecho de aprovechamiento efectivamente lo emplease para las finalidades que le motivaron a presentar la correspondiente solicitud. El interés general

redundaba en que ese uso se hiciese efectivo, que no se tradujese en un “derecho de papel”, en tanto entendía que sólo de este modo se producía una asignación del recurso a fines de efectiva producción, evitando su despilfarro.

La técnica de la publicación se hacía necesaria a fin de diferenciar el derecho de propiedad sobre las aguas del derecho de aprovechamiento que surgía *ex novo*, producto del sistema concesional. Y, como tal, se creaba con las características que le eran asignadas en respeto al fin de la publicación. Por ello, y variando tal finalidad al uso efectivo del recurso, el derecho de aprovechamiento había nacido más frágil, caducable si tal aprovechamiento no tenía lugar dentro de los plazos que le fueron indicados al concesionario. La posible caducidad del derecho, en suma, era el modo en el que el legislador resolvía el respeto a la finalidad de la *publicatio*.

En la era previa a la codificación de las aguas de 1951, surge un largo listado de normas que, de alguna manera, profundizaron algo más el régimen configurado a grandes rasgos en el Código Civil (VERGARA BLANCO, 1990, pp. 128-130). La diversidad normativa se fundamentaba, a juicio de LIRA y DE LA MAZA (1940, p. 8), en que el legislador chileno fue reglamentando, a medida que las necesidades lo exigían, las diversas situaciones que se generaban en relación con las aguas. Y ello siempre basado en las dificultades que ofrecen las características naturales de los recursos hídricos, que “así como es movедiza y caprichosa en sus manifestaciones naturales, es a veces casi intangible para los conceptos jurídicos y otras difícil de someter a regímenes de derecho (...)” (ALDUNATE, 1904, p. 57).

El perfeccionamiento del sistema concesional de que daban cuenta principalmente el Decreto Supremo N° 254, de 22 de febrero de 1907, el Decreto N° 403, de 1916, y el Decreto Ley N° 160, de 1925, fueron prueba firme de la mayor importancia económica que iban teniendo las aguas a nivel productivo. Cuestión que también impulsó la promulgación de ciertas disposiciones especiales para los nuevos usos del recurso, especialmente en lo que se refiere al uso de su fuerza motriz y como fuente de energía eléctrica (por ejemplo, la Ley N° 2.068, de 31 de diciembre de 1907, el Decreto Ley N° 160, de 1925, el Decreto Ley N° 252, de 13 de febrero de 1925, entre otros).

d) *El Código de Aguas de 1951: la unificación normativa y el sistema de preferencias de uso*

Ahora bien, la unificación normativa se logró recién con el Código de Aguas, de 28 de mayo de 1951²², luego de una tramitación parlamentaria que tomó más de veinte años²³. En lo que nos interesa, se conservó la división propuesta en el Código Civil en aguas públicas y privadas, siguiendo iguales criterios de navegabilidad (para los lagos, en el artículo 11) y de tratarse o no de cauces naturales que cruzaren varias heredades (para los ríos, en el artículo 10). Sólo parece necesario agregar la nueva referencia a las aguas subterráneas, que, conforme al artículo 22, estaban sujetas a un sistema dualista de asignación: si se refería a la extracción para fines de bebida y uso doméstico, el aprovechamiento correspondía al dueño del suelo (sistema ripariano); en cambio, para fines diversos, el aprovechamiento requería de la obtención previa de una merced de aguas (sistema concesional).

La publicación de ciertas aguas, expresaba el artículo 9º del citado Código, hacía necesario obtener un derecho, vía procedimiento concesional, para su aprovechamiento exclusivo. El procedimiento se encontraba detalladamente regulado en los artículos 257 y siguientes del Código de Aguas, eliminando el sistema ripariano de asignación que fuera reconocido en el Código Civil, pero sin afectar los derechos adquiridos por los propietarios ribereños durante la vigencia de las disposiciones anteriores, siempre que estuviesen en uso y con obras aparentes (artículo 300). Asimismo, se procedió a la unificación de procedimientos, como también a la designación de una única autoridad competente: el Presidente de la República.

Y el derecho de aprovechamiento pasó a ser caracterizado por el artículo 12 como “*un derecho real que recae sobre las aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código*”. De esta redacción, señala VERGARA DUPLAQUET (1960, p. 19), se advierten dos aspectos

²² El artículo 299 del citado Código de Aguas de 1951 dispuso una derogación de todas las leyes, ordenanzas y reglamentos preexistentes sobre las materias que aquél trata, aún en lo que no fueran contrarias a él.

²³ Para una referencia de los intentos codificadores y el tortuoso camino hasta la promulgación del Código de Aguas de 1951, *vid.* VERGARA DUPLAQUET, 1960, pp. 14-17.

fundamentales: por una parte, su configuración como derecho real de uso, goce y disposición de las aguas de dominio público, categoría que pretendía conceder certeza y seguridad a los particulares y, por la otra, su sujeción a las reglas especiales que prescribe el propio Código, como resguardo a los intereses de la comunidad. Para BAUER (2002, p. 66):

“Estos derechos ahora fueron denominados ‘derechos de aprovechamiento’ Se originaron como concesiones administrativas del Estado, pero una vez concedidas se transformaron en propiedad privada. A partir de ese momento fueron regidos por el derecho privado y civil en vez del derecho público y administrativo”

Frase sugerente pero, a nuestro juicio, demasiado extrema, en tanto los contornos del derecho subjetivo que nace del procedimiento concesional estará siempre regido por reglas de Derecho público, sin perjuicio que tal sistema especial admita, principalmente para el favorecimiento del mercado como mecanismo de reasignación, su sujeción a ciertas reglas del Derecho privado en lo que concierne a su disposición.

Centrado en los tres núcleos dogmáticos de los que da cuenta Vergara Blanco (1990, p. 141), se esclarecen los términos de la *publicatio*, el procedimiento concesional y el derecho de aprovechamiento. Ahora bien, queda por averiguar si de este nuevo régimen pueden colegirse los propósitos de la demanialidad de las aguas (públicas). Una de las novedades más relevantes para estos efectos se refiere al nuevo modelo de asignación. La completa eliminación del sistema ripariano a la que recién hiciéramos referencia nos da una primera pista sobre el interés del legislador de dejar únicamente en manos de la Administración el acceso de los particulares a aquel recurso público. Y ello tiene sentido si lo asociamos con la nueva modalidad de asignación concesional planteada por el Código de Aguas, conforme a la cual los solicitantes debían justificar su necesidad del recurso (limitado por su uso y cuantía) (artículo 43) y que, en caso de insuficiencia del recurso y colisión de solicitudes, se estableciese un orden de prelación. Así, el artículo 30 disponía que “*Si se presentaren diversas solicitudes de merced para unas mismas aguas, su concesión se hará en el siguiente orden de preferencia: 1º Bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales; 2º Usos domésticos y saneamiento de poblaciones; 3º Abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre; 4º Regadío; 5º Plantas generadoras de fuerza motriz o eléctrica; 6º Industrias, molinos y fábricas, y 7º Otros*

usos.// Dentro de cada clase serán preferidas las empresas de mayor importancia y utilidad, y en igualdad de condiciones preferirán según las fechas de sus solicitudes”

De acuerdo a este sistema, ya no podía señalarse que la razón de la demanialización de las aguas fuese asegurar su aprovechamiento público, en igual pie, para cualquier actividad económica. Ello hubiese implicado la innecesariedad de justificar las solicitudes de derechos y que su insuficiencia debía ser soportada por todos quienes hubiesen deseado hacer uso de ellas, sino asegurar la efectiva utilización del recurso conforme a una lógica preestablecida por el propio legislador²⁴. Conforme a esta idea de funcionalidad de las aguas también es previsible la reiteración de su falta de uso como causal de caducidad del derecho de aprovechamiento, esta vez cifrada en un plazo de cinco años (artículo 280)²⁵, como también el establecimiento de restricciones en su uso al destino específico para el cual fueron concedidas (artículo 26)²⁶. Estas dos notas (obligatoriedad de uso y especificidad) se tradujeron en aquellas que le diferenciaban del derecho de propiedad concebido de modo tan amplio en el artículo 582 del Código Civil²⁷ (y, a la sazón, en el artículo 10, número 10, de la Constitución Polí-

²⁴ En este mismo sentido, el artículo 36 del mismo Código agregaba que *“Sin perjuicio de derechos adquiridos, el Presidente de la República podrá fijar y reservar cuotas para la concesión de mercedes de las diversas clases a que se refiere este Código y destinar exclusivamente a la concesión de ciertos usos, determinadas cantidades de agua”*

²⁵ El artículo 280 del Código de Aguas de 1951 disponía que *“Toda merced que no se ejercitare en todo o en parte durante cinco años consecutivos podrá declararse caducada en el todo o en la parte no ejercitada. Corresponderá al Presidente de la República declarar la caducidad...”* Conforme al mismo razonamiento, el artículo 33 ya anticipaba que *“Todo solicitante de una merced deberá ser persona natural o jurídica y dar seguridades respecto del aprovechamiento efectivo de la merced dentro del plazo que fije el respectivo decreto de concesión”*. Lo que se quiere evitar (CONFITINA VERGARA DUPLAQUET, 1960, p. 19), es la existencia de “mercedes de papel” que nunca sean aprovechadas, constituyendo un peligro potencial para quienes tuvieren legítimos derechos en ejercicio.

²⁶ El artículo 26 del Código de Aguas de 1951 disponía que *“Las aguas concedidas para un fin determinado no podrán aplicarse a otro diverso sin la autorización correspondiente, la que se otorgará como si se tratara de una nueva merced y salvas las excepciones legales”*. En el mismo sentido, el artículo 258 agregaba que el uso específico debía ser identificado en la propia solicitud presentada ante la autoridad.

²⁷ El artículo 582 CC dispone que *“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”*

tica de 1925), al mismo tiempo que dan mayor fuerza a la justificación de la publicación de las aguas detrás del Código de 1951.

e) La reforma agraria de 1976: hacia la absoluta centralización en la asignación y gestión de las aguas

Dónde sí pudo observarse un primer giro radical en todas estas materias es en la Ley N° 16.640, de 16 de julio de 1967, que, en el marco del proceso de la Reforma Agraria, modificó completamente los planteamientos dogmáticos del Derecho de aguas chileno²⁸. Así, la principal modificación se refirió a la completa y absoluta publicación de todas las aguas terrestres del territorio nacional, de manera que ya no cabía clasificación alguna de los recursos hídricos en razón de su titularidad (artículo 94)²⁹. Esta idea había sido anticipada por medio de una reforma constitucional, por parte de la Ley N° 16.615, de 20 de enero de 1967, que confería al legislador la posibilidad de reservar todas las aguas existentes en el territorio nacional al dominio público, admitiendo la posibilidad de expropiación de aquellas aguas que, a la fecha, estaban aún sujetas a dominio privado, dado que se consideraban todas ellas como de “utilidad pública”³⁰.

La modificación pasó a ser más ideológica que normativa, como se desprende del propio mensaje de la nueva regulación, que consideró que

²⁸ Si bien las modificaciones al Código de Aguas de 1951 se realizaron por medio de la propia Ley N° 16.640, de Reforma Agraria, el nuevo Código de Aguas se publicó recién en 1969 en virtud del Decreto con Fuerza de Ley N° 162.

²⁹ La tendencia a una mayor extensión del dominio público hidráulico es parte de un proceso de carácter bastante universal. Como hemos señalado, la tendencia romana (que continuó en la regulación española medieval, e incluso justificó las primeras regulaciones francesas y españolas) centraban el interés general principalmente en razón de la navegabilidad de los cursos de aguas. El paso de los tiempos (y la creciente escasez relativa del recurso) provocó una expansión de tales intereses generales, admitiendo una ampliación de las aguas sujetas al régimen de dominio público. Por ejemplo, las leyes francesas de 8 de abril de 1910 y 16 de diciembre de 1964 extendieron la demanialidad a todos los ríos necesarios para el riesgo, los usos industriales, la alimentación de la población o la protección contra las inundaciones (previa indemnización a quienes se beneficiaban de tales cursos de agua), o la Ley italiana de Obras Públicas, de 10 de marzo de 1865, que incorporó al dominio público todas aquellas aguas que pudieran servir a un interés público, como el riego, el saneamiento, la higiene y la alimentación.

³⁰ En igual sentido, el artículo 95 de la Ley N° 16.640 expresó que “*Para el solo efecto de incorporarlas al dominio público, decláranse de utilidad pública y expropiense todas las aguas que, a la fecha de vigencia de la presente ley, sean de dominio particular*”.

el Código de Aguas de 1951 caía en una contradicción al tratar la mayoría de las aguas como bienes nacionales de uso público (y, por tanto, “*incomerciables e imprescriptibles*”) con una conformación del derecho de aprovechamiento de aguas en términos tan similares al dominio, otorgando a su titular facultades de uso, goce y disposición. Así, el referido mensaje concluía que “En este aspecto las modificaciones que se proponen mediante el presente Proyecto de Ley tienden a salvar las contradicciones señaladas, de manera que las aguas estén sujetas al régimen jurídico que como tales le corresponde, ejerciendo el Estado sobre ellas la tuición que les incumbe, tratándose de un bien de dominio público que debe usarse del modo más racional y eficiente” De hecho, BAUER (2002, p. 67) señala que:

“El Código de Aguas de 1967 tenía dos metas principales: facilitar la redistribución de tierras y aumentar la eficiencia del uso agrícola del agua. Para lograr estas metas el Código favorecía una administración estatal más fuerte en vez de la iniciativa privada”

La idea de eficiencia económica, sin embargo, no parecía ser la clave del modelo, sino, como demuestran PARKS y HENSEN (1978, p. 212), la equidad en el reparto a partir de una idéntica asignación por hectárea de riego.

En similar tenor, y ahora en referencia al contenido del derecho de aprovechamiento de aguas, se dispuso una regulación bastante más limitada. Ello se tradujo en una nueva redacción del artículo 12 del Código de Aguas, conforme a la cual “*El derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo que recae sobre las aguas y que consiste en su uso con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código*” Para Bauer (2002, p. 68), tal mutación implicó que:

“A pesar de que los derechos de aguas continuaban siendo llamados ‘derechos de aprovechamiento’, perdieron su estatus de propiedad y volvieron a ser concesiones administrativas, regidas una vez más por el derecho administrativo y no por el derecho civil”

Antes de avanzar en esta materia, nos parece inevitable dar cuenta de una cierta inconsistencia en el discurso que fundamentó esta modificación legislativa, y de una errónea aproximación de parte de la doctrina en su interpretación. Parece pensarse que el hecho de la publicación de un determinado bien le somete irrevocablemente a un cierto y predetermina-

do régimen jurídico. Sin embargo, ya hemos señalado que el hecho de la publicación debe estar justificado por el interés colectivo que se pretende satisfacer. Este interés puede ser de cualquier naturaleza, con las limitaciones constitucionales que trataremos en el Capítulo siguiente, siendo tal finalidad la que debe empapar su regulación jurídico-pública. De este modo, no es el hecho mismo de la publicación el que determina un cierto régimen jurídico, sino los motivos que han llevado a ella.

En el Código de Aguas de 1951, la publicación ya no se justificaba en el respeto al acceso universal de las épocas anteriores, sino a su utilización conforme al sistema de prioridades señaladas por el propio legislador. El legislador mantuvo así la lógica del demanio, pero mutó sus objetivos a fin de asegurar que las aguas fuesen destinadas a los fines para los que el Estado hubiese predeterminado como más relevantes para la comunidad. Así, por una parte, admitía un derecho de aprovechamiento de tenor bastante cercano al dominio (al menos en su contenido), aun cuando limitaba su forma de utilización a los destinos para el cual le fue otorgada y sancionaba con la caducidad su falta de uso y, por la otra, aceptaba la existencia de un mercado de aguas, aunque restringido, y en pleno respeto a aquella *ratio legis* que afectaba el derecho concedido a iguales fines para los que fue otorgado.

Las modificaciones de la Ley N° 16.640 no tuvieron por objeto sanear un vicio de la legislación anterior, sino a ofrecer una intervención administrativa más exacerbada e intensa. Pero ello no en razón de un error dogmático del sistema anterior, sino porque habían mutado nuevamente los fines de la publicación. La regulación propuesta en el marco de la reforma agraria evidentemente se sujetaba a un contexto político diferente, en que se incrementó el papel que correspondía al Estado en la economía del país, y de ahí la lógica de que un recurso tan esencial, como es apreciada el agua, se estimaba que no podía asignarse (o reasignarse) conforme a una lógica de mercado. El Estado, casi todopoderoso, ya no sólo conocía los fines que merecían una asignación preferente del recurso, cuestión que ya había sido anticipada en el Código de 1951, sino que ahora también conocía las cantidades que eran necesarias para el desarrollo de cualquier actividad que requiriese de la utilización de las aguas. Y, aún más, en situaciones que sólo en la letra parecen excepcionales, se confirieron al Estado, por medio del Presidente de la República, facultades de cancelar derechos de aprovechamiento de aguas para su mejor destino.

Por ello es que tampoco nos parecen apropiadas las reflexiones de BAUER (2002, p. 68), antes citadas, en términos de proponer una barrera entre el binomio derecho de propiedad/Derecho privado y el binomio concesión administrativa/Derecho público. Lo que ha ocurrido a este respecto, y se mantiene incluso en la actualidad, es que el derecho que nace del procedimiento concesional se sujetará siempre a la lógica del Derecho administrativo, de manera que la incidencia del Derecho privado sólo se referirá a la posibilidad que aquél atribuya al mercado el mecanismo de reasignación del derecho. De este modo, mientras los modelos del Código de Aguas de 1951 y del CA de 1981 favorecían tal forma de reasignación, la legislación de 1967 la aborrecía en términos absolutos, de manera que no permitía injerencia alguna de las reglas del Derecho privado.

La mayor intensidad del régimen público de las aguas, entonces, no sólo coincidió con la publicación total de las mismas, sino especialmente con todo el régimen jurídico-público al que pasaron a estar sujetas. La intervención administrativa, por tanto, se fortaleció, a juicio del propio legislador, para “ejercer una efectiva fiscalización sobre la conservación y máxima utilización de las aguas en beneficio de la comunidad”. O, como apuntan PARKS y HENSEN (1978, p. 208) para poner término al reparto injusto de las aguas, especialmente entre los agricultores, creando una fórmula de asignación equitativa (proporcional a las hectáreas de riego) entre quienes se encontrasen en una región homogénea.

De este modo, se dio cuenta de una regulación bastante intrusiva de los derechos de aprovechamiento, en términos de limitar su cuantía a la que se estimaba administrativamente adecuada para fines de riego (artículo 97) y autorizar al Presidente de la República a fijar tasas de “uso racional y beneficioso” de las aguas para sus diferentes utilidades (artículo 105)³¹ Para PARKS y HANSEN (1978, p. 207), esta idea del uso beneficioso constituyó el principal instrumento de intervención administrativa, añadiendo que significó el vehículo para dejar escapar todo criterio de eficiencia eco-

³¹ Como explica BAUER, 2002, p. 68, “El Código de 1967 tuvo un ambicioso objetivo de redistribuir los derechos de aguas según nuevas y técnicas ‘tasas de uso racional y beneficioso’. Estas tasas iban a ser determinadas por científicos y técnicos del gobierno quienes establecerían las cantidades de agua necesarias para diferentes cultivos bajo diferentes condiciones agronómicas y geográficas. Entonces los derechos de agua serían asignados y reasignados a predios determinados según la tasa local de uso”

nómica. A este punto, sin embargo, cabe agregar otras fórmulas de intervención, que se tradujeron incluso en exigir a los “usuarios” la realización de obras privadas a efectos de obtener un mejor uso del recurso (artículo 100), facultar al Presidente para la determinación de formas alternativas de distribución de las aguas en períodos de extrema sequía (artículo 101), facultar a la Dirección General de Aguas la modificación de las fuentes de abastecimiento cuando así lo aconsejase el más adecuado empleo de las aguas (artículo 102), permitir al Presidente declarar extinguido cualquier derecho de aprovechamiento (cualquiera fuese su origen) cuando hubiese sido necesario destinar el agua para fines de bebida o cuando así lo requiriese el desarrollo económico de una zona (artículo 107), facultar al Presidente la declaración de áreas de racionalización del uso del agua, extinguiendo todos los derechos de aprovechamiento vigentes, entre otros.

Por su parte, se extendieron las causales de caducidad de los derechos de aguas, ampliándolas a supuestos en los que la cantidad asignada llegare a superar las tasas de uso racional y beneficioso antes señaladas, aunque sólo en el exceso (artículo 108), la falta de utilización de las aguas por un plazo de dos años o cuando cesare la utilización para la cual fueron concedidos, cuando fueren utilizados para un fin diferente para el que fueron concedidos, cuando el derecho de aprovechamiento fuere cedido, cuando se extrajeren de un cauce natural sin necesidad de riego o en una medida superior a la adecuada, y cuando su titular no ejecutare las obras hidráulicas privadas para la seguridad de las mismas, de las poblaciones o caminos o de otras de interés general (artículo 109). Todas estas causales no pretendían sino dar cuenta del resultado de la mayor intervención pública: las limitaciones del derecho de aprovechamiento, sea en su cuantía, en su necesidad de utilización, en su uso específico, en su intransferibilidad o en sus exigencias adicionales, no eran sólo declaraciones para fijar los contornos del derecho, sino que se tradujeron, en caso de infracción, en la mayor penalidad posible, traducida en la muerte (o, en términos jurídicos, en la caducidad) del derecho. Caducidad que, al ser planteada a modo de sanción, no ameritaba indemnización alguna a favor de su titular (artículo 110).

Otra particularidad de este nuevo régimen fue su desconfianza en los procesos de reasignación de las aguas por medio de la lógica del mercado. Los derechos de aprovechamiento no podían cederse de manera indepen-

diente del predio al que beneficiaban (artículo 104). En razón de lo anterior, la Ley N° 16.640 también declaró extinguidas las hipotecas, prohibiciones, embargos y otros gravámenes que pesaban sobre los derechos de aprovechamiento (artículo 119), precisamente porque ninguna de tales figuras podía sostenerse ante un bien que había pasado a ser intransferible.

La prohibición de un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas al amparo de la Ley N° 16.640, se justificaba en varias ideas políticas y jurídicas que bien vale la pena revisar. Suponía que el Estado se había otorgado en exclusiva la facultad de asignar y reasignar los recursos, conforme a la lógica intervencionista antes indicada, asentada probablemente sobre una base ideológica que pretendía un acceso universal al agua. Aunque hubiese sido económicamente más eficiente el libre intercambio de derechos, aún sujetos a las limitaciones con las que éstos nacen al amparo de tal normativa, éste se desechó por motivos que parecen más bien dogmáticos: por una parte, se quería fortalecer el papel del Estado en materia de aguas, hasta el extremo de transformarlo en el actor más relevante, y, por la otra, se llevó al extremo la idea de la publicación esbozada en la regulación anterior (especialmente en el Código de 1951), que al legislador de 1967 no sólo le parecía coja e insuficiente, sino incluso contradictoria.

De ello se deduce la creencia de que la intransferibilidad de los bienes públicos no sólo se refería a la imposibilidad de que los particulares negociasen sobre ellos, sino que debía extenderse también a cualquier título que pudiesen tener para su uso y goce exclusivo. De lo anteriormente indicado es previsible el error: las aguas son bienes nacionales de uso público, y, por tanto, intransferibles en los términos del artículo 1.464, número 1, del Código Civil. Pero ello se refiere a las aguas propiamente tales, que evidentemente no podrán ser enajenadas por un particular porque, ni aun gozando de un derecho de aprovechamiento, ha adquirido alguna suerte de titularidad sobre el recurso mismo en tanto situado en la fuente. Sin embargo, los derechos de aprovechamiento son creados *ex novo* en virtud del procedimiento concesional, con una individualidad propia, y que pueden ser o no objeto de transacción dependiendo de la finalidad de la publicación. Así, en nada se opone a la lógica de los bienes públicos la enajenación de los derechos que sobre ellos se conceden siempre y cuando el título que se haya concedido para el aprovechamiento de los bienes

tenga un carácter patrimonial (no constituya una mera libertad o permiso de uso) y no se haya otorgado en exclusiva consideración de quien resulte ser su titular. De este modo, cuando el Código de Aguas de 1951 admitió expresamente la transferencia de los derechos de aprovechamiento de aguas, no estando sujeto a ninguno de los límites antes señalados, no caía en contradicción alguna, siempre que tal enajenación no implicase una infracción a las limitaciones de uso que configuraban tales derechos bajo su vigencia.

A partir de la Constitución Política de la República de 1980 (en adelante “CPR”) y la promulgación del CA de 1981 veremos como la historia política y las nuevas tendencias económicas se plasman en un nuevo sistema para el gobierno del recurso hídrico y los aprovechamientos particulares de agua en Chile. Es de intuir que el nuevo modelo político-económico que rige en Chile a partir de 1973 derogó todo rastro de intrusismo estatal en la asignación y reasignación de las aguas, hasta construir el concepto de “derecho de aprovechamiento” desde la perspectiva del absoluto respeto y predominancia del derecho de propiedad y hasta sentar las bases para la creación de un “mercado de aguas” que reasignase los derechos a sus usos de mayor valor económico. Ha cambiado la finalidad de la publicación: las aguas siguen estando publicadas, pero ahora para asegurar el libre acceso al recurso en todo uso no extractivo y para establecer un sistema de acceso restringido, fomentando su asignación a los usos de mayor valor, para todo uso extractivo. A la definición de este régimen dedicaremos los Capítulos siguientes.

Por de pronto cabe advertir la tensión entre los denominados sistemas centralizados de asignación de las aguas, con los sistemas descentralizados (VERGARA BLANCO, 1998b, p. 254). Los primeros, que en mayor o menor grado rigieron en Chile hasta la década de los ochenta, suponían una definición previa por parte del Estado de la cantidad de recursos disponible para cada actividad, la afectación de un derecho a una cierta actividad económica, e, incluso, el orden de preferencia en la colisión de los diferentes derechos. En cambio, el sistema descentralizado que surgió con la codificación de 1981 supone, al menos, que todos los aspectos antes señalados son definidos por el mercado, implicando derechos de aprovechamiento exclusivos, abstractos y transferibles, materias que examinaremos a continuación.

CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE

1. Un estudio de la aproximación jurídica de las aguas requiere de la distinción de tres dimensiones regulatorias que, aunque evidentemente vinculadas, suponen características y desafíos normativos diferentes. El objeto de esta tesis supone referirnos únicamente a las aguas corrientes y a los derechos de aprovechamiento sobre ellas.

2. La tradición histórica ha sometido al *aqua profluens* a la técnica de la publicación, suponiendo la imposibilidad de constituir derechos de propiedad sobre ella. E, incluso, la homogeneidad del bien impedirá la constitución de esta clase de derechos sin privatizar completamente un sistema de recursos, solución que estuvo parcialmente vigente en Chile hasta la absoluta publicación de las aguas continentales en 1967.

De este modo, el primer objetivo de la publicación será evitar la aplicación del régimen jurídico general (privado) de los bienes, y crear nuevas fórmulas de aprovechamiento para los administrados que se sujeten a la finalidad tenida en mente del legislador como justificación de dicha *publicatio*.

En relación a las aguas, esta técnica supondrá la posibilidad de coordinar diferentes usos sobre el mismo recurso, cuestión que sería imposible si se siguiera la técnica habitual del derecho de propiedad. Así, se respeta la creciente polifuncionalidad de las aguas, tanto en sus aprovechamientos extractivos como no extractivos.

3. La publicación de las aguas no supone una fórmula predeterminada de aprovechamiento particular, con tal que ésta se exprese de alguna manera. Pero sus características económicas determinarán que un sistema de acceso abierto (*open access*) sólo sean aceptables fuera de supuestos de congestión, en tanto la mayor escasez relativa del recurso provocará la denominada “tragedia de los recursos comunes” Por ello, sólo parece admisible en la actualidad cuando nos enfrentamos a un uso no extractivo de las aguas, en la que los derechos de uso de los particulares sólo son limitados en razón a la conservación del bien y al respecto a los derechos de los demás individuos.

4. Sin embargo, esta solución sólo es admisible en tanto no aumenten los niveles de congestión. En relación a los derechos de extracción, este sistema

de acceso abierto pudo haber tenido sentido en tiempos de la antigüedad (de ahí la experiencia romana), pero su supervivencia en los tiempos actuales condenaría a las aguas a la sobreexplotación, con todas las consecuencias económicas, sociales y medioambientales asociadas. Ello en razón de que un sistema de acceso abierto debe ser complementado por una regla de apropiación basada en la temporalidad, de manera que una cierta exclusión de terceros sólo puede ser lograda por medio del uso efectivo y continuo del bien (aunque en realidad no se requiera).

La superación de dicha tragedia requiere necesariamente de la creación de medios de exclusión, y estos medios se transformarán en derechos que configurarán la segunda dimensión regulatoria de las aguas. Ello supone, en primer lugar, la creación de reglas de acceso manifestadas en autorizaciones discriminatorias de uso. El criterio de discriminación debe ser tal que, por una parte, logre evitar la sobreexplotación, y, por la otra, se ajuste a la finalidad de la publicación. Históricamente, los principales modelos de aprovechamiento han sido el ripariano y el concesional, aunque han existido varias épocas en que ambos han coincidido en ciertos sistemas jurídicos, como el chileno.

El continuo abandono del sistema ripariano se ha justificado, en primer lugar, dada la necesidad de aumentar los poderes de gestión de la Administración central sobre el recurso. La necesidad de coordinar usos y de velar por su mejor aprovechamiento conforme a los criterios preestablecidos por el legislador no es completamente compatible con un modelo en que la discriminación se basa sólo en la posición geográfica del terreno del cual el particular es dueño.

Luego, se abandona definitivamente al pretender que el mercado sea el motor de asignación y gestión de los recursos hídricos. Aunque la primera asignación fuese indiferente para tales efectos, el modelo ripariano supone una regla de apropiación que “relativiza” el derecho de extracción entre todos los beneficiarios, provocando una indefinición del derecho que imposibilita su transferencia a terceros no ribereños.

El sistema concesional tiene como ventaja el poder adecuar el modelo a las diferentes justificaciones de la publicación que puedan presentarse. Tanto en un modelo centralizado, en el que el derecho estará limitado (en

su contenido y permanencia) a las decisiones de la Administración, como en un sistema descentralizado, en que se buscará una definición del derecho que admita su libre transacción en el mercado. A este último modelo responde el sistema chileno vigente, al que dedicaremos las siguientes partes de esta tesis.

SEGUNDA PARTE
RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS Y DE LOS DERECHOS DE
APROVECHAMIENTO PARTICULAR

Capítulo I: Las aguas y los aprovechamientos particulares desde la perspectiva constitucional. §1. *De la ausencia de un marco jurídico-constitucional para la determinación de la naturaleza jurídica de las aguas.* A. Una visión histórica sobre las razones del silencio del constituyente respecto al régimen jurídico de las aguas: la publicación de las aguas como decisión legislativa. B. El régimen constitucional de los bienes nacionales de uso público como primera aproximación al marco jurídico de las aguas en el Derecho chileno. 1. El acceso a la propiedad privada como garantía constitucional. 2. Las excepciones a la propiedad privada como “anti-garantías”: los *res omnia communis*, los bienes públicos y los bienes sujetos a un régimen constitucional especial. 3. La caracterización constitucional de los bienes nacionales de uso público. §2. *Marco jurídico-constitucional del derecho privativo para aprovechar las aguas.* A. Alcance de la protección constitucional al aprovechamiento de las aguas: la estabilidad del derecho por medio de la reconducción a la propiedad privada. B. La protección constitucional del derecho de propiedad como amparo a la titularidad sobre el derecho de extracción de las aguas corrientes. 1. La reserva legal relativa a los modos de adquirir el dominio y a la configuración de las facultades de uso, goce y disposición. 2. La protección de la propiedad mediante la regulación y las limitaciones a la expropiación. 3. La acción de protección constitucional como medio de resguardo del derecho de propiedad. 4. La protección de la esencia del derecho de propiedad (artículo 19, N° 26 CPR) como “supragarantía constitucional”

Capítulo II: Marco jurídico-legal para la determinación de la naturaleza jurídica de las aguas corrientes. §1. *Régimen legal de las aguas corrientes vigente en Chile como parte de la categoría de los bienes nacionales de uso público.* §2. *Régimen legal de los bienes nacionales de uso público.* A. Planteamiento preliminar de nuestra teoría: la categoría de los bienes públicos centrada en la finalidad de la *publicatio*. B. Elementos para la definición de los bienes públicos en general: un contrapunto desde la conceptualización europea en vigor. 1. Diferencias en razón de la titularidad de los bienes públicos: los bienes nacionales de uso público como bienes ausentes de propiedad. 2. Diferencias en razón de la afectación de los bienes públicos. 3. Diferencias en razón de la inalienabilidad de los bienes públicos.

Capítulo III: Marco jurídico-legal del derecho privativo para aprovechar las aguas. §1. La publicatio como destinación del bien al uso de los administrados: las fórmulas de aprovechamiento general o privativo como respuesta a la finalidad de la publicación. §2. Las formas de aprovechamiento y la necesaria distinción de las actividades ejercidas respecto a las aguas como bienes polifuncionales. A. Una breve referencia a las actividades no extractivas sujetas a reglas de acceso abierto y reglas de aprovechamiento temporal. C. Las actividades extractivas sujetas a reglas de acceso restringido y al modelo concesional. 1. La naturaleza del derecho de extracción de las aguas corrientes: una visión crítica a la denominada “teoría de los derechos reales administrativos” en el Derecho chileno. 2. Consecuencias de la caracterización del derecho de extracción de las aguas corrientes como “derecho real” §2. Una primera referencia al modelo vigente en Chile: el derecho de aprovechamiento de aguas como instrumento de asignación por vía mercado.

Una vez analizado el marco lógico del tratamiento regulatorio de las aguas y los aprovechamientos particulares, cabe estudiar, ahora en concreto, el marco jurídico de ambos aspectos propuesto por el ordenamiento chileno. Sobre el particular, hemos decidido centrar este estudio en las fuentes normativas conforme a su rango. Y lo hemos hecho de este modo bajo la idea de que el constituyente, como creador de la norma suprema, ha modelado algunos de los aspectos del sistema bajo la idea de delimitar la tarea del legislador.

Desde el punto de vista constitucional, las aguas no reciben un tratamiento directo, sino que sólo encontramos una referencia a los derechos de extracción. Sin embargo, igualmente deberemos hacer referencia a la regulación constitucional de la categoría de los “bienes nacionales de uso público”. Ello dado que, aun cuando las aguas no sean definidas como tales en la CPR, el legislador sí lo ha hecho, debiendo ajustarse entonces a los parámetros contenidos en la norma suprema. Ahora bien, el enfoque es diverso al referirnos a los derechos conferidos o reconocidos a los particulares para la utilización de las aguas corrientes. Al respecto, y por razones históricas, el constituyente se ha preocupado del aspecto de la seguridad y certeza de los derechos particulares. Y lo ha hecho por medio de conferir a la titularidad sobre el citado derecho la protección del derecho de propiedad.

Descendiendo a la regulación de rango legal, el tratamiento de las aguas corrientes nos reconduce a la idea de la publicación. Sin embargo, deberemos hacer un esfuerzo para la reconstrucción del concepto de los “bienes nacionales de uso público” en el marco del Derecho chileno, puesto que éste se ha construido desde una base diferente a aquella propuesta actualmente por la mayor parte de los ordenamientos continentales. La ausencia de un elemento subjetivo (como titularidad conferida a la Administración pública) requiere reformular el concepto desde la idea de la finalidad de la publicación. Y este elemento debe ser extraído, principalmente, de la forma en que se concede a los administrados la posibilidad de disfrutar de las ventajas de las aguas corrientes.

Ya hemos visto que el ordenamiento jurídico chileno ha reemplazado gradualmente el sistema ripariano por el modelo concesional. Las ventajas de efectuar este cambio residen principalmente en que la conformación de los derechos de aprovechamiento (como derechos creados *ex novo*) puede ser modelada conforme a la finalidad prevista por el legislador para la publicación. Primero revisaremos este aspecto en abstracto hasta determinar la fisonomía jurídica de este derecho. Y así trazaremos el camino para revisar el aspecto concreto de la finalidad de la publicación de las aguas en el ordenamiento vigente en Chile.

CAPÍTULO I
LAS AGUAS Y LOS APROVECHAMIENTOS PARTICULARES
DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

El estudio del sistema jurídico chileno relativo a las aguas merece una primera aproximación constitucional. Lo hacemos del siguiente modo en tanto entendemos que las bases de todo el sistema se encuentran planteadas, con mayor o menor detalle, en la CPR, conformando el marco dentro del cual el legislador se debe mover. La CPR no se configura como un texto inmutable, pero sí con vocación de perpetuidad, como reflejo del pacto que la sociedad ha querido darse en alguna época para definir sus destinos.

La discusión sobre el contenido que el texto constitucional debería darle a las aguas fue lo suficientemente extensa como para dar varias pistas sobre el sentido y alcance de las disposiciones finalmente aprobadas. Siguiendo el esquema de las dos dimensiones regulatorias detalladas en la Parte Primera, el propio debate preconstitucional también distinguía el régimen supremo de las aguas y de las formas de aprovechamiento particular. Estos dos aspectos, si bien se encuentran necesariamente relacionados, no están sujetos a un mismo razonamiento por parte del constituyente. De hecho, su principal preocupación no se encuentra en conceder un régimen jurídico especial a las aguas, extrayéndolas del comercio jurídico particular a modo de bienes públicos, sino al fortalecimiento de las facultades concedidas a los particulares para su extracción. Las razones de este acercamiento al sistema de las aguas tienen fuertes raíces históricas, propias de la experiencia de la reforma agraria, pero son suficientes como para sentar las bases del modelo vigente de las aguas, entregando su gestión y asignación al mercado.

§1. DE LA AUSENCIA DE UN MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL PARA LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS AGUAS

A) Una visión histórica sobre las razones del silencio del constituyente respecto al régimen jurídico de las aguas: la publicación de las aguas como decisión legislativa

Como primer aspecto, cabe anunciar que la CPR no regula ni otorga un especial tratamiento a las aguas. Lo anterior sin perjuicio de que, como veremos en el párrafo siguiente, le concede una especial protección al derecho de los particulares sobre las mismas. Así, la única referencia constitucional a las aguas se encuentra en el artículo 19, número 24, inciso final CPR, que dispone *“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”*

La omisión de un pronunciamiento constitucional relativo al tratamiento de las aguas no es casual y encontramos su razón en los antecedentes históricos de la CPR. A este respecto, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República (en adelante, “Comisión Ortúzar”) debatió específicamente la cuestión relativa a la necesidad de regular las aguas en la CPR³². Ello a partir del texto propuesto por la Subcomisión de Derecho de Propiedad, que era del siguiente tenor: *“Todas las aguas son bienes nacionales de uso público; pero, en conformidad a la ley, podrán constituirse derechos de aprovechamiento sobre ellas para fines específicos, y el titular tendrá la propiedad del respectivo derecho. // En caso de expropiación de un derecho de aprovechamiento, el propietario sólo recibirá indemnización si es privado del uso y goce del agua suficiente para atender a las mismas necesidades que satisfacía con anterioridad a aquélla”*.

Es evidente que la primera frase sí contenía originalmente una definición constitucional de las aguas corrientes, que no prosperó en la redacción final de la CPR. De la revisión de las sesiones pertinentes de la Comisión Ortúzar se desprende que el debate se centró fundamentalmente en la manera en que debía protegerse la titularidad del derecho particular que recayera sobre las

³² *Vid.*, en especial, las actas de la Sesión N° 182^a de la Comisión Ortúzar, celebrada el 14 de enero de 1976.

aguas y no en la calificación jurídica de las mismas previo a su extracción. Al constituyente le preocupaba que se volvieran a cometer las atrocidades que, a su juicio, tuvieron lugar en la época de la Unidad Popular (gobierno del Presidente Salvador Allende), y que derivaron en la enorme fragilidad del modelo. Por este motivo, y sin perjuicio de las confusiones que se produjeron en el acalorado debate, el hilo conductor de toda la discusión se redujo a la necesidad de fortalecer, por medio de la propiedad, la titularidad que la ley otorgara a los particulares para utilizar las aguas.

Aun así, cabe precisar las razones por las cuales se prefirió el silencio constitucional respecto al *aqua profluens*. Al respecto, cabe recordar que a la época en que se discutía el tenor de esta disposición constitucional, la legislación en vigor ya le otorgaba a las aguas corrientes la calificación de “bienes nacionales de uso público”. En la Parte Primera anterior ya nos hemos referido a que, fruto de una modificación legal del año 1967, incorporada por la Ley N° 16.640, de Reforma Agraria, el artículo 595 CC pasó a disponer que “*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público*”. De este modo, se borraron todos los vestigios de los sistemas anteriores que, siguiendo los modelos hispánicos (e, incluso, romanos), distinguían aguas sujetas a dominio público de aquellas que eran susceptibles de propiedad privada.

En suma, la propuesta de la Subcomisión de Propiedad sólo pretendía elevar a rango constitucional un texto ya consagrado legalmente. Sin embargo, dicho aspecto fue el que precisamente rechazó la Comisión Ortúzar, que, a su vez, estimó que la regulación y calificación jurídica de las aguas eran materias que correspondían únicamente al legislador. En definitiva, el constituyente decidió prescindir de una calificación jurídica de las aguas con el objeto de otorgar una mayor flexibilidad a la (presente o futura) categorización del legislador en la determinación o modificación de su régimen jurídico, sólo sometiendo el derecho que se le asigne a los particulares (cualquiera sea su naturaleza o contenido) a la garantía de la propiedad. Así, José María Eyzaguirte GARCÍA DE LA HUERTA (Presidente de la Subcomisión de Derecho de Propiedad) sostenía que “*De manera que el régimen de aguas, en cuanto a considerarlas como bienes nacionales de uso público, no quedaría ya en un marco constitucional muy estricto y difícil de modificar*”³³

³³ Acta de la Sesión N° 183ª de la Comisión Ortúzar, celebrada el 2 de marzo de 1976.

Esta idea se inserta en la opinión general de que no corresponde al constituyente el sometimiento de una u otra clase de bienes a un cierto régimen jurídico, especialmente en lo relativo a su apropiabilidad. En otras palabras, a juicio de la Comisión Ortúzar, la CPR no debía establecer qué cosas serían bienes nacionales de uso público, y mucho menos las aguas. Incluso su presidente, Enrique ORTÚZAR ESCOBAR, sostenía que “(...), es evidente que no se puede afirmar que todas las aguas son bienes nacionales de uso público”³⁴, lo que no sólo desvirtuaba la validez de la afirmación legal, sino que también terminaba por dejar a criterio del legislador la calificación de las aguas según su situación en el ciclo hidrológico.

Aun así, se llegó a precisar que el concepto de “bien nacional de uso público” que se pretendía incluir en la CPR no quedaría definido por ella, siendo necesario reconducir la norma a aquélla contemplada en el artículo 589 CC. Sin perjuicio de lo anterior, se estimaba que la CPR no debía estar limitada ante una definición legal, debiendo ser siempre libre para determinar un concepto, aunque no necesariamente coincidiera con el establecido en la ley³⁵. De contrario, la ley serviría para modular el contenido de la CPR y no al revés, que es lo que corresponde al principio de la supremacía constitucional.

La Comisión Ortúzar estaba tan decidida en evitar que la CPR se pronunciara afirmando la calificación jurídica de las aguas como bienes nacionales de uso público, que tal decisión no sólo incidió en la omisión de la frase inicial del texto presentado por la Subcomisión de propiedad, sino que esta idea también moduló la referencia a los derechos de los particulares para hacer uso de las mismas, cambiando la expresión original “*derecho de aprovechamiento de las aguas*”, por el que se encuentra actualmente en vigor, cual es, “*derechos de los particulares sobre las aguas (...)*” Lo anterior ya que se temía que se pudiese malinterpretar el espíritu del constituyente y deducir del concepto “*derecho de aprovechamiento*” que implícitamente

³⁴ Acta de la Sesión N° 183ª de la Comisión Ortúzar, celebrada el 2 de marzo de 1976.

³⁵ En el Acta de Sesión N° 183ª de la Comisión Ortúzar, celebrada el 2 de marzo de 1976, se da cuenta de que ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA se pronunció en los siguientes términos: “(...) el concepto de “bien nacional de uso público” está establecido en una ley y no en la Constitución. Que los “bienes nacionales de uso público” sean aquéllos cuyo dominio pertenece a la nación toda, es una definición del Código Civil; y la Constitución podría establecer cualquier otro concepto respecto de los “bienes nacionales de uso público”

se le estaría dando a las aguas un necesario carácter de bien nacional de uso público.

B) El régimen constitucional de los bienes nacionales de uso público como primera aproximación al marco jurídico de las aguas en el Derecho chileno

1. El acceso a la propiedad privada como garantía constitucional

Ahora bien, el hecho de que la CPR haya guardado silencio respecto a la calificación jurídica de las aguas (como también respecto a la gran mayoría de las cosas) no quiere decir que la misma Carta Fundamental se muestre neutra de frente a las decisiones legislativas que se refieran, en general, a la calificación jurídica de los bienes. El artículo 19, número 23 CPR dispone que *“La constitución asegura a todas las personas: La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así”*³⁶

Hemos de observar que la norma constitucional ha emitido un juicio ideológico previo, confiriendo una garantía general para la adquisición del dominio sobre toda clase de bienes e impidiendo que la autoridad administrativa o el Poder Legislativo (salvo las excepciones contempladas) declaren insusceptibles de apropiación ciertos bienes. Esta disposición supone, como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional chileno (en adelante, “TC”) *“(…), garantizar el acceso al dominio privado de las personas de toda clase de bienes, (...); de modo que protege a las partes de actos legislativos o de autoridad que excluyan de este libre acceso a alguna categoría de bienes, salvo las excepciones contempladas en la misma norma constitucional”*³⁷ Como se desprende del fallo, la esencia de la garantía consiste en amparar el acceso de los particulares a la propiedad privada y proteger a los individuos

³⁶ Para una referencia de la historia fidedigna de la citada norma, *vid.* VERGARA BLANCO, 2001, pp. 380-382.

³⁷ Considerando cuadragésimo quinto de la Sentencia del TC chileno, de fecha 14 de noviembre de 2006, en la causa Rol número 467, sobre el requerimiento de inaplicabilidad presentado por Sociedad Visal Ltda. respecto del inciso segundo del artículo 23 de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal, en la causa caratulada “Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica”, seguida ante el Primer Juzgado Civil de Arica.

de frente a los actos de la Administración que pretendan restringir el objeto sobre el cual poder hacer efectiva dicha garantía.

Desde la primera sesión de la Comisión Ortúzar se planteó la necesidad de afianzar el régimen constitucional de la propiedad. Ello en atención a que, a juicio de Enrique Ortúzar Escobar, “El derecho de propiedad es, además, el fundamento de todas las libertades públicas...”³⁸ “(...) y base esencial para el desarrollo económico del país”³⁹ La idea que había detrás de ello era crear los mecanismos para lograr que la iniciativa privada jugara un rol decisivo en el desarrollo del país, considerándose indispensable para ello el fortalecimiento del derecho de propiedad. Así, a la época existía la idea de que el núcleo del desarrollo económico del país se incardinaba en la propiedad privada⁴⁰.

En el seno de la Comisión Ortúzar, el tratamiento constitucional que se pretendía otorgar al derecho de propiedad estaba imbuido en el temor de que dicha garantía volviese a ser vejada como en el régimen de la Unidad Popular⁴¹, dando paso a la dilución del control político del país⁴². A juicio de los

³⁸ Acta de la Sesión N° 1 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 24 de septiembre de 1973.

³⁹ Acta de la Sesión N° 6 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 9 de octubre de 1973.

⁴⁰ Del texto del Memorándum de fecha 26 de noviembre de 1976, aprobado por la Comisión Constituyente que contiene las metas u objetivos fundamentales en que deberá inspirarse la nueva Constitución Política del Estado, y que consta del acta de la Sesión N° 18 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 22 de noviembre de 1973, se desprende la necesidad de consolidar el derecho de propiedad, al señalar: “Fortalecerá, asimismo, el derecho de propiedad al cual es inherente una función social. Sin él, las libertades públicas constituyen una ilusión. Es un hecho en efecto, que la intervención excesiva del Estado en las actividades económicas deja entregada la subsistencia de los ciudadanos al entero arbitrio de las autoridades públicas, con lo cual el ejercicio real de todas las libertades se resiente o desaparece”

⁴¹ En la Sesión N° 42 de la Comisión Ortúzar, de 30 de mayo de 1974, Enrique ORTÚZAR ESCOBAR, refiriéndose a las violaciones que había sufrido el derecho de propiedad en el gobierno del Presidente Salvador Allende Gossens, señalaba: “Conculcó [Allende] en la forma más abierta el derecho de propiedad. Fue así como por vía de las requisiciones o de la intervención arbitraria, inconstitucional e ilegal, incorporó a la llamada área social o estatal a más de cuatrocientas empresas, no sólo grandes, sino también medianas y pequeñas, con lo cual pasó a tener el control de toda la economía, lo que le interesaba sobremanera, pues de este modo podía ejercer el control político de los ciudadanos, lo cual hacía posible la instauración, en forma irreversible, del régimen marxista”

⁴² En este sentido se pronunciaba Enrique ORTÚZAR ESCOBAR en la Sesión N° 17 de la Comisión Ortúzar, de 15 de noviembre de 1973, con los siguientes dichos: “Si desaparece esta garantía fundamental, (...) tal como lo pretendió el régimen marxista que imperó en el país, se habrá llegado al control político de toda la ciudadanía”

comisionados, el derecho de propiedad había sido intensamente avasallado en el gobierno anterior, especialmente por el hecho de que su desarrollo había sido íntegramente entregado al legislador, sin límites reales. De este modo, la propiedad sobre los medios de producción se había trasladado al Estado, perdiendo, por un lado, los particulares, toda iniciativa privada y seguridad jurídica⁴³, y por otro lado, el país, su desarrollo económico⁴⁴. En ese mismo sentido, Guillermo Bruna Contreras señalaba que:

“Cuando se afirma que ‘se fortalecerá el derecho de propiedad’, (...) los miembros de la Comisión han sido magnánimos en usar la expresión fortalecer. Más exacto habría sido, (...) emplear el verbo ‘restablecer’. Evidentemente nuestro derecho de propiedad aparecía en la letra de la Constitución, pero su reconocimiento estaba entregado simplemente a la ley, saliendo desgraciadamente de la órbita constitucional. Es forzoso restablecer hoy día no sólo su declaración, sino también su reconocimiento con carácter de norma superior. Todo el concepto que más adelante se señala, de que al Estado chileno le corresponde una actividad subsidiaria de las del individuo en aquellas materias que no son propias del Estado, quedaría evidentemente comprometida si acaso el derecho de propiedad no estuviera suficientemente reconocido y garantizado en la Constitución”⁴⁵

⁴³ En este sentido se pronunciaba el Presidente de la Comisión Ortúzar, Enrique ORTÚZAR ESCOBAR, en la Sesión N° I de la Comisión Ortúzar de 24 de septiembre de 1973, al señalar: “La iniciativa particular no puede existir, y menos tener la proyección que el desarrollo del país requiere, sin fortalecer el derecho de propiedad, tan gravemente conculcado por el régimen anterior”

⁴⁴ A este respecto, en la Sesión N° 156 de la Comisión Ortúzar, de 7 de octubre de 1975, Gustavo LORCA ROJAS se refería a la conculcación de la garantía del derecho de propiedad “precisamente la experiencia vivida durante los años 1970-1973 se debió, en gran medida, al debilitamiento que de ese derecho [derecho de propiedad] se produjo. (...) la misión del Constituyente en este instante (...) es precisamente establecer el modo de que este derecho quede perfectamente conceptuado en la Constitución, y quede garantizado en tal forma que no haya dudas sobre lo que se quiere decir y lo que en la Constitución debe expresarse para que, en realidad, el derecho de propiedad sea una garantía efectiva en Chile. (...) en la medida en que no se garantice este principio del derecho de propiedad, no se está garantizando el proceso de la libertad económica que se ha emprendido, y se sabe, también, que en la medida de que esa libertad económica no existe, tampoco existe la libertad política, y la experiencia muy dura que se vivió en el país así lo demuestra”

⁴⁵ Intervención del profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Chile, Guillermo BRUNA CONTRERAS, en la Sesión N° 26 de la Comisión Ortúzar, de 26 de marzo de 1974, para emitir su juicio acerca del memorándum elaborado por la referida Comisión que contenía las metas u objetivos fundamentales en que se debía inspirar la nueva Constitución Política del Estado.

2. Las excepciones a la propiedad privada como “anti-garantías”: los res omnia comunis, los bienes públicos y los bienes sujetos a un régimen constitucional especial

El derecho de propiedad constituye un núcleo central en la CPR, un punto de partida en la consagración de los demás derechos de carácter patrimonial. Sin embargo, la misma Carta Fundamental prevé la existencia de ciertas cosas que son insusceptibles de apropiación privada. Así, en la segunda parte del inciso primero del artículo 19, número 23 CPR, se señalan tres excepciones a la garantía del acceso a la propiedad privada: “(...) *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*”

Antes de entrar en su detalle, podemos conceptualizar estas tres excepciones como “anti-garantías”, ya que suponen medios para restringir o limitar el libre acceso a la propiedad privada garantizado en la misma regla constitucional, sin ampliar la libertad de los particulares en otro sentido diverso. De su carácter excepcional, del hecho de estar consagradas como *numerus clausus* y de la justificación que se exige para poder conformar parte de ellas, podemos inferir que el constituyente no sólo les da un tratamiento residual, sino que tampoco las protege ni las promueve. De este modo, si bien estos estatutos excepcionales están formalmente contenidos en el Capítulo III de la CPR, relativo a los “Derechos y Deberes Constitucionales”, no están concebidas como una garantía individual ni colectiva. Por el contrario, la lógica de estas disposiciones se sitúa en determinar el campo de aplicación de cada excepción, a fin de no terminar afectando el acceso a la propiedad privada, que constituye la verdadera garantía constitucional.

La característica esencial que comparten las cosas comprendidas en estas tres “anti-garantías” es la insusceptibilidad de ser apropiadas⁴⁶. Sin embargo,

⁴⁶ Aunque sólo referido a los “bienes nacionales de uso público”, el TC ha confirmado el carácter inapropiable del demanio en los siguientes términos: “*De la disposición citada resulta con claridad que sobre los bienes nacionales de uso público no es posible constituir propiedad (...)*”. Vid. considerando vigésimo segundo de la sentencia del TC, de fecha 2 de diciembre de 1996, en causa Rol N°s. 245 y 246 (acumulados), sobre el requerimiento de Diputados y Senadores respecto del Decreto Supremo No. 1, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año.

la justificación de la inapropiabilidad (y, en consecuencia, de su in comerciabilidad, como posibilidad de constituir relaciones jurídico-privadas a su respecto) es diversa para cada una de estas excepciones. Esta justificación, será “natural” en tanto se refiera a los *res communis omnium*, puesto que su consagración no pasa de ser más que un reconocimiento del legislador a una situación de hecho, como ocurre con el aire o el altamar⁴⁷. En cambio, tratándose de los bienes que “*deben pertenecer a la nación toda*”, su delimitación es un concepto meramente jurídico, proveniente de una decisión de política legislativa, justificada por los fines económicos, políticos, sociales o culturales que se desean satisfacer. No ocurre lo mismo respecto de los bienes que se sujetan a una situación excepcional conforme a “*lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución*”, o lo que podríamos denominar la “reserva constitucional”, puesto que es el mismo constituyente quien las estatuye y regula, y, por tanto, no necesita justificarse ante sí mismo.

Nos referiremos brevemente a la primera y tercera de tales excepciones, para luego profundizar aún más en la segunda de ellas. Ello puesto que, entre aquellos bienes que “*deban pertenecer a la nación toda*” (o “bienes nacionales de uso público”), el legislador ha situado a las aguas corrientes. Pero obsérvese preliminarmente que el constituyente no ha sentido necesidad de someter uno u otro bien en alguna de las categorías reseñadas (salvo en lo que respecta a los bienes sujetos a reserva constitucional), dejando ello al libre criterio del legislador. El constituyente, en consecuencia, siente cumplida su labor con la fijación de los contornos y límites de cada excepción, especialmente a efectos de lograr el real cumplimiento del derecho constitucional de acceso a la propiedad privada.

Así, en primer lugar, los *res omnia communis* o cosas que por su naturaleza pertenecen a todos los hombres, son tratados de manera excepcional por la CPR al reconocer que dichas cosas naturalmente y de manera *ex ante* al ordenamiento jurídico, carecen de susceptibilidad de apropiación priva-

⁴⁷ La noción de los bienes comunes a todos los hombres (*res communis omnium*), rastrea hasta el Derecho romano –aunque desapareció del texto del Código Civil francés por la imposibilidad de apropiación– renace en el artículo 585 CC. al siguiente tenor: “*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*”

da. El artículo 585 CC se ha referido a esta categoría de cosas señalando que *“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”*

Si bien el legislador confirma la inapropiabilidad de estas cosas, esta afirmación es sólo declarativa, puesto que por medio de ella sólo reconoce su existencia natural. Y su aprovechamiento privado, si es posible, responderá a la propia naturaleza del bien que le irroga el carácter de común. Así, ALESSANDRI y SOMARRIVA (1971, p. 92) expresan que, pese a no existir posibilidad de apropiación:

“Las cosas comunes son inapropiables consideradas en su totalidad, pero nada se opone a que se aprovechen exclusivamente en forma parcial e inocua para el uso y goce de todos. Así se explica, por ejemplo, que libremente se extraiga oxígeno del aire y se venda aprisionado en tubos”

A contrario sensu, el legislador no podría categorizar como cosas comunes a todos los hombres bienes que son susceptibles de propiedad privada y que la naturaleza no los haya dispuesto como *res omnia communis*. Somos de la opinión de que el constituyente no enumeró cuáles bienes conforman esta excepcional categoría a efectos de que la disposición no quedase sujeta a normas estrictas, dogmas o trabas y, a su vez, fuese susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades que fueran surgiendo. Ello en atención a que si bien hoy la naturaleza nos impide considerar al aire o el alta mar, entre otros, como susceptibles de apropiación, ello no es obstáculo a que en un futuro nuevas técnicas jurídicas acompañadas de una dosis de modernas tecnologías permitan liberar esas cosas del enclave que supone esta clase de cosas.

En segundo lugar, debemos referirnos a los bienes sujetos a un estatuto especial con motivo de lo que hemos denominado como “reserva constitucional” Se trata de bienes que por su propia naturaleza son apropiables por los particulares, y que, de no mediar esta reserva, podrían ser sujetos de dominio. Ahora bien, la CPR, sin necesidad de justificar sus razones, les priva de la posibilidad de propiedad privada y les somete a un estatuto

jurídico que ella misma regula, aunque pueda dejar ciertas materias en manos del legislador.

Sobre esta última categoría, la Comisión Ortúzar discutió sobre las diferencias entre una reserva y la calificación de bien nacional de uso público. Así, José María EYZAGUIRRE GARCÍA DE LA HUERTA, advirtiendo dicha diferencia, señalaba que “La reserva está referida a bienes que están en el comercio humano, que son susceptibles de apropiación privada, pero por disposición expresa de la Constitución quedan bajo el dominio nacional o del Estado...”⁴⁸, otorgando como ejemplo de dichos bienes algunas sustancias minerales. Como se advierte, el concepto que el constituyente otorga a la reserva supone que se trata de bienes que, por expresa disposición constitucional, van a quedar excluidos del tráfico jurídico privado y serán entregados en dominio al Estado. Si bien podríamos legítimamente preguntarnos en qué consiste ese dominio estatal y en qué se diferencia del dominio privado, aquellas cuestiones exceden el ámbito de este trabajo.⁴⁹

Así, las características esenciales de la reserva son: *i*) que sólo corresponde a la propia CPR disponer de la reserva; *ii*) que dicha reserva debe referirse a bienes que, previo al mandato constitucional, eran susceptibles de apropiación privada; *iii*) que dichos bienes pasen a ser propiedad del Estado e insusceptibles de apropiación privada, y *iv*) que la misma CPR cree su régimen exorbitante, sin perjuicio de que pueda delegar en la ley determinadas cuestiones que el propio constituyente determine. Así, cuando la CPR, como ley suprema, determina la creación de una reserva, no cabe la posibilidad de impugnar su valor constitucional.

De esta clase de cosas constitucionalmente reservadas al “dominio estatal”, encontramos una única referencia. Se trata de las minas, reguladas en el artículo 19 número 24, inciso sexto a décimo de la CPR. En lo que concierne a la excepción a la garantía del libre acceso a la propiedad, el inciso sexto señala que: “*El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las*

⁴⁸ Acta de la Sesión N° 202ª de la Comisión Ortúzar, celebrada el 14 de abril de 1976.

⁴⁹ Sobre el particular, *vid.*, especialmente, VERGARA BLANCO, 1992, pp. 174-247.

arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas”

Ha sido el propio constituyente el que, por un lado, ha reservado el dominio de las minas al Estado y, por otro, ha impedido a los particulares acceder directamente a la propiedad sobre ellas. Ello sin perjuicio de que establece la existencia de un sistema concesional que permitirá a los privados obtener la propiedad de las sustancias minerales concesibles, aunque sólo una vez extraídas. Como ha sido la propia CPR la que ha creado este régimen jurídico exorbitante, esta reserva no requiere de una fundamentación especial, por lo que su argumentación no pasa de un esfuerzo dogmático.

3. La caracterización constitucional de los bienes nacionales de uso público

Ahora bien, la última excepción al libre acceso a la propiedad a que hace referencia el artículo 19, número 23 CPR, se refiere a la categoría de los “bienes nacionales de uso público”, dentro de la cual encontramos, por expresa disposición legal (artículo 595 CC y 5° CA), a “*todas las aguas*” Sobre el particular, creemos necesario dar cuenta del régimen constitucional de esta clase de bienes desde la idea de su sometimiento a una reserva legal, a su justificación en el interés general y a su coordinación con la noción de orden público económico.

A diferencia de los bienes sujetos a reserva constitucional, el concepto de los bienes nacionales de uso público está sujeto a la reserva legal, de modo que sólo la ley podrá vedar el acceso de los particulares a la adquisición del dominio sobre un determinado bien. Al respecto, debe precisarse que se trata de una ley, sin referencias expresas al quórum necesario para su aprobación. Pero si se tratase de una ley simple, se produciría una cierta inconsistencia con lo dispuesto en el inciso segundo del mismo artículo 19, número 23 CPR, al disponer que “*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*”. Así, sólo las limitaciones o requisitos específicos para la adquisición del dominio (*que es lo menos*)

estarían sometidas a un régimen de reserva legal intensificado, mientras que la publicación propiamente tal (*que es lo más*) se sujetaría al requisito de una ley simple. Esta interpretación no sería coherente, por lo que entendemos que, a *fortiori*, toda forma de publicación debe estar justificada por el interés nacional y dispuesta en una ley de quórum calificado.⁵⁰

Obsérvese preliminarmente que el reconocimiento del denominado “dominio público” se plantea desde un pie distinto en el texto constitucional chileno que en otros ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, mientras el artículo 132 de la Constitución española configura un sistema protector del dominio público, asegurando un régimen jurídico mínimo, sometiendo su afectación y desafectación a la reserva legal, consagrando los principios de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, el artículo 19, número 23 CPR plantea esta categoría de bienes a modo de excepción, de forma que la protección constitucional se otorga únicamente a la propiedad privada, en el marco del orden público económico por ella consagrada⁵¹. En suma, no se pretende configurar un resguardo al dominio público, sino que, al contrario, reservarlo a bienes en que el interés general sea de tal trascendencia que, a juicio del legislador y sujeto a control constitucional, justifique apartarlos de la regla general de que todos los bienes, cualquiera sea su naturaleza, pueden ser libremente adquiridos por parte de los particulares.

Su carácter excepcional se refuerza con el sintagma “*deben pertenecer*”, frase propuesta por Jorge Ovalle Quiroz en el seno de la Comisión Ortúzar, a efectos de que no se pueda ampliar al concepto de bien nacional a aquellos

⁵⁰ Así también, VERGARA BLANCO, 2001, p. 372, y MONTT, 2002, p. 221. En este sentido se había pronunciado el TC, al resolver que “*El constituyente ha expresado así su voluntad, exigiendo que el establecimiento de limitaciones o requisitos para “adquirir el dominio” sólo puede imponerse por medio de una ley aprobada por mayorías superiores a las que precisa una ley común*” (considerando vigésimo segundo de la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 115, de 3 diciembre 1990). Sin embargo, más recientemente se ha pronunciado en contra de esta interpretación, como se aprecia en el considerando trigésimo cuarto de la sentencia del TC, Rol N° 1.281, de 13 agosto 2009, al resolver que “*Que el carácter excepcional del dominio público hace que la intervención del legislador sea inevitable. Por eso, la Constitución exige que la ley –ley común– deba declarar los bienes que lo conforman (“que la ley lo declare así”, artículo 19 N° 23)*”

⁵¹ Así lo señala expresamente el considerando trigésimo de la sentencia del TC, Rol N° 1281, de 13 de agosto de 2009.

que, por su naturaleza, no parecen destinados a serlo⁵². Por de pronto, este concepto implica que para no afectar la libertad de acceso a la propiedad por parte de los particulares, la publicación debe justificarse de algún modo en el interés general, pero añadiendo que éste sea de tal magnitud que sólo pueda ser logrado acudiendo al extremo de desterrarlo del comercio privado. Si dicho interés general pudiese satisfacerse utilizando otra suerte de herramientas jurídicas (por ejemplo, mediante la creación de un mercado intervenido o regulado, por medio de la imposición de obligaciones legales, o mediante el establecimiento de limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad) bien podría objetarse la lógica de la publicación.

Como señala MONTT (2002, pp. 149 y 150), el tratamiento excepcional que reciben los bienes públicos en el artículo 19, número 23 CPR, es claro indicio de la preferencia del constituyente por la propiedad privada frente al dominio público. Esta característica nos lleva a concluir también que, pese al carácter eminentemente indeterminado del concepto de “interés nacional”⁵³, como justificante de la publicación, aquél siempre debe interpretarse de modo restringido. En suma, no puede admitirse cualquier justificación, sino sólo aquellas excepciones que no desarticulen la lógica del orden público económico que revela la CPR. Así, los criterios de subsidiariedad del Estado y de libertad económica nos otorgarán más parámetros para velar por la constitucionalidad de la utilización de la técnica de la publicación⁵⁴. Estos elementos, conjuntamente con la protección del derecho de propiedad, la igualdad de oportunidades y el bien común constituyen el *corpus* de los principios económicos constitucionalmente reconocidos en la CPR (YRARRÁZVAL, 1987, pp. 100 y 101).

La subsidiariedad del Estado implicará que éste debe socorrer a los particulares allí donde la sociedad y sus grupos económicos sean deficientes en la provisión del bien común (VARELA, 1989, p. 381). En la materia que

⁵² Acta de la Sesión N° 202ª de la Comisión Ortúzar, celebrada el 14 de abril de 1976.

⁵³ Conforme al inciso segundo del artículo 19, número 23 CPR: “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”

⁵⁴ Una cierta consideración en este sentido es presentada por SAINZ MORENO, 1999, p. 494, a efectos de evitar una hipertrofia del dominio público habida cuenta del carácter genérico de los méritos de la afectación en su destino al uso público, servicio público, el fomento de la riqueza o la defensa nacional.

nos ocupa, los intereses generales de la nación harán que el Estado cese su abstencionismo, siendo dotado de poderes de intervención suficientes como para lograr la consecución del bien común. El legislador publica los bienes a efectos de conseguir resultados que supone no podrán ser obtenidos mediante la lógica general de la propiedad privada y la libertad de empresa. En este sentido, el legislador crea regímenes exorbitantes al Derecho privado, concediendo al Estado una función tutelar mucho más firme que aquella que le corresponde respecto a la propiedad privada, traducida en este último caso en su consagración y protección judicial. En el caso de los bienes públicos, a diferencia de lo que ocurre con la propiedad privada, el Estado deberá velar por el efectivo cumplimiento de los intereses generales que han motivado la publicación y configurar las específicas modalidades por medio de las cuales los particulares pueden acceder a aquéllos.

Por su parte, el orden público económico no sólo nos dará cuenta de los principios informantes de la realidad económica (sistema económico), sino que se le concederá “la función de módulo que mide la validez de las relaciones patrimoniales”, o, en otras palabras, eficacia normativa para la configuración de todo el sistema (SAINZ MORENO, 1977, pp. 597 y 599).

En el Derecho chileno, la formulación del orden público económico a contar de la entrada en vigencia de la CPR se advierte centrada en la férrea protección de la propiedad privada, como también en la libertad de empresa. Entonces, el modelo elegido supondrá que todo cuanto se desvíe de estos parámetros generales sólo puede ser entendido desde una perspectiva excepcional, fundando la reserva en fines superiores, tales como “los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental” (respecto al derecho de propiedad, consagrado en el artículo 19, número 24 CPR) o “la moral, el orden público o la seguridad nacional” (respecto a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 19, número 21 CPR). O, como puede deducirse de las palabras de YRARRÁZVAL (1987, p. 101), del principio general de bien común que incluso debe prevalecer en materia económica, como concepto genérico que permite el establecimiento de limitaciones u obligaciones en todos estos aspectos.

Una interpretación armónica de todos tales conceptos necesariamente implicará que la creación legal de un bien nacional de uso público, o, en

otros términos, el recurso a la técnica de la publicación de los bienes, debe respetar todos tales extremos. Por este motivo, no pueden tolerarse las limitaciones a la adquisición de una determinada clase de bienes, o, en otros términos, a la configuración de relaciones jurídico-privadas a su respecto, si con ello se conculca la libre iniciativa económica o se restringe excesivamente el derecho de propiedad. Entonces, la clave del “interés nacional” nos deberá reconducir a la noción de “bien común”, principio que se revela como el gran lineamiento de todo poder público y como finalidad esencial del Estado a partir del artículo 1º CPR.⁵⁵

La jurisprudencia constitucional ha reconducido el interés nacional, justificante de la publicación, a la noción de “utilidad pública” consagrada en el artículo 19, número 24, inciso segundo de la CPR. El TC ha considerado que los bienes nacionales de uso público *“dada su propia naturaleza de quedar reservados para el uso de todos, debe darse por establecido que existen en razón de la utilidad pública; esto es, de todos los habitantes y del interés general de la Nación. // El hecho de reservarse un bien al dominio de la Nación toda debe entenderse fundado en razones de utilidad de aquellos que podrán usar del bien: el público. La razón de ser de la reserva es entonces la utilidad pública”*⁵⁶ En este sentido, debe entenderse que la excepción a la libre adquisición del dominio se justifica en cuanto estos bienes se afectan para satisfacer intereses colectivos, relativos al uso del público, que sólo pueden conseguirse por medio de su sujeción al régimen jurídico público. Las soluciones a las que podría llegar el sometimiento de estos bienes al Derecho común, no coinciden con los requerimientos de utilidad pública que dichos bienes están llamados a satisfacer.

⁵⁵ Conforme al inciso tercero del artículo 1º CPR, *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*

⁵⁶ Considerandos vigésimo segundo y vigésimo tercero de la sentencia del TC, de fecha 30 de abril de 2009, en causa Rol Nº 1.215, por Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de “Inversiones Pingüeral Ltda.”, “Inmobiliaria Pingüeral S.A.” e “Inmobiliaria e Inversiones Costa Pingüeral Ltda.”, y don Gustavo Yáñez Mery respecto del artículo 13 del Decreto Ley Nº 1.939, de 1977, en el juicio sumario sobre reclamo deducido contra resolución administrativa, Rol Nº C/4.193/2008, caratulado “Inversiones Pingüeral Ltda. y otros con Fuentes Fuentecalba, María Angélica”, del Tercer Juzgado de Letras de Concepción.

En conclusión, debemos entender que en el contexto del orden público económico consagrado en la CPR, el principio del bien común no se plantea a modo excepcional. Fundado en las bases de la propiedad privada y la libertad de empresa, deberá entenderse que, por regla general, el bien común puede ser generalmente obtenido a través de dichas garantías individuales. Es por este motivo que cualquier interferencia estatal en la consecución del bien común, en atención al principio de subsidiariedad, debe estar restringida y suficientemente justificada, dando lugar a algún título de intervención administrativa. Particularmente, en el caso del acceso a la propiedad sobre una cierta clase de bienes, si para alcanzar el bien común se estiman insuficientes las garantías individuales antes indicadas, se acudirá al mecanismo de la publicación, creando un régimen exorbitante al Derecho común, siendo indispensable fundar dicha sustracción del comercio jurídico privado en el interés nacional.

Dado que la calificación de las aguas corrientes como bienes nacionales de uso público ha quedado entregada a criterios meramente legislativos (artículos 595 CC y 5° CA), el estudio de tal justificación y la incidencia de su inapropiabilidad serán objetos del Capítulo III siguiente de esta Parte Segunda.

§2. MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PRIVATIVO PARA APROVECHAR LAS AGUAS

A) Alcance de la protección constitucional al aprovechamiento de las aguas: la estabilidad del derecho por medio de la reconducción a la propiedad privada

Si bien el constituyente no ha deseado establecer un estatuto jurídico constitucional a las aguas corrientes, no ha guardado el mismo silencio respecto a los derechos que los particulares pueden tener sobre las mismas. De este modo, el inciso final del artículo 19, número 24 CPR, dispone que “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos de conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares propiedad sobre ellos*”

La inclusión de esta declaración, sin embargo, no resultó pacífica en el proceso preconstitucional. Pese a que la Comisión Constituyente lograra un acuerdo en su contenido, la Junta de Gobierno prefirió desecharlo, pro-

blemente por sus connotaciones tan extremas, de tal modo que el Acta Constitucional N° 3 (contenida en el Decreto Ley N° 1.552, de 13 de noviembre de 1976) sólo disponía que un estatuto especial regularía todo lo concerniente al dominio de las aguas. Esta reticencia inicial fue finalmente superada con el Decreto Ley N° 2.603, de 23 de abril de 1979, en el que se amplió la declaración de la referida Acta Constitucional, a efectos de declarar la propiedad de los titulares sobre sus derechos sobre las aguas, en los mismos términos que los actualmente vigentes.

La trascendencia de esta disposición, sin embargo, no alcanza a albergar toda la problemática del aprovechamiento privado de las aguas, sino que se reduce únicamente a la protección que deben tener los particulares a fin de asegurar la estabilidad de su derecho. Nada más. La CPR no ha pretendido modular los términos y el contenido del derecho, ni señalar los límites conforme a los cuales los individuos deben ejercerlos. No se establecen los mecanismos específicos de adquisición y pérdidas, ni ningún otro aspecto que pueda siquiera asemejarse al tratamiento que reciben los derechos concesionales mineros reconocidos en la misma garantía constitucional.⁵⁷

Lo que se desea, en definitiva, es utilizar la técnica de la protección constitucional de la propiedad a efectos de definir la estabilidad del derecho. O, ya en términos más amplios, consignar “el marco global de protección de los derechos de propiedad, y a la libertad de empresa, lo que es un incentivo general al funcionamiento de cualquier mercado” (VERGARA BLANCO, 1996, p. 328).

De la lectura de las actas de las sesiones de la Comisión Ortúzar, aparece que la explicación de esta definición constitucional se basó especialmente

⁵⁷ Sobre el particular, el artículo 19, número 24 CPR, dispone las siguientes materias respecto a los derechos de exploración y explotación minera: *i*) las sustancias minerales sobre las cuales puede recaer (inciso séptimo); *ii*) su fuente, que siempre será por resolución judicial (inciso séptimo); *iii*) su duración, contenido y obligaciones, términos que se encuentran referidos a una ley orgánica constitucional (inciso séptimo); *iv*) la obligación de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que motivó el otorgamiento del derecho; *v*) su régimen de amparo y las causales de caducidad o de simple extinción del derecho (inciso séptimo); *vi*) la competencia de los tribunales ordinarios de justicia para declarar la extinción del derecho, como también para dirimir las controversias relativas a la caducidad o extinción del derecho (inciso octavo), y *vii*) su protección constitucional, referida a la protección genérica del derecho de propiedad.

en la crítica de los comisionados al débil planteamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas en el contexto de la Reforma Agraria (ALBURQUENQUE, 2001, p. 345). Aunque ya nos detendremos algo más en este aspecto en los Capítulos siguientes, bien cabe adelantar que la Ley N° 16.640, de 16 de julio de 1967, no sólo determinó la publicación de todas las aguas territoriales⁵⁸, sino que también se preocupó de modular la extensión de los derechos de aprovechamiento. Conforme al Mensaje de la citada ley, y a objeto de respetar el carácter público y nacional de las aguas, se pretendía cambiar la naturaleza jurídica de aquéllas. Al respecto, expresaba que “En efecto, se instituye un derecho de uso sobre las aguas que, por una parte esté de acuerdo con su calidad de bienes nacionales de uso público y que, por otro lado, constituya suficiente garantía para los particulares, en forma que éstos puedan realizar una actividad creadora sin incertidumbre en cuanto al uso de este recurso esencial”

Fue este segundo propósito el que, a juicio de la citada Comisión, no podía ser satisfactoriamente cumplido mediante la regulación propuesta en la Ley N° 16.640, dejando en manos de la Administración aspectos cruciales para la definición y estabilidad del derecho. Así, por ejemplo, el contenido estaba limitado por tasas de “uso racional y beneficioso”, previamente determinadas por el Presidente de la República, como también ampliaba las causales de caducidad de los derechos, sin posibilidad de indemnización, a supuestos tales como el uso excesivo de las aguas, su falta de utilización por dos años, o la pérdida de la finalidad para la que habían sido otorgadas.

Este sistema generaba repulsión por parte de los miembros de la Comisión, ya que se pensaba que desincentivaba cualquier posibilidad de inversión por parte de los titulares de los derechos, especialmente considerando la eventualidad de su pérdida en razón de una simple decisión administrativa. Ideas que se resumen en las expresiones de José María EYZAGUIRRE GARCÍA DE LA HUERTA (Presidente de la Subcomisión de Derecho de Propiedad), que son del siguiente tenor:

⁵⁸ Al respecto, considérese que conforme al régimen anterior, consagrado en el CC y en el Código de Aguas de 1951, existían ciertos cursos de agua que quedaban sujetos al dominio privado, como los ríos que nacían y morían en una misma heredad, los canales y los lagos menores.

“Como no existe nadie que sea responsable o que tenga un derecho claramente establecido sobre las aguas que corresponden a ese cauce sino que ellas corresponderían al Estado en general, no hay preocupación alguna; no existe nadie que se sienta responsable ni obligado por esas aguas”

De este modo, el debate preconstitucional se centró, a propuesta de Enrique Evans de la Cuadra, en el aspecto que se estimaba más necesario regular a fin de superar las falencias del sistema anterior: que los titulares gozasen de dominio respecto a sus derechos sobre las aguas. Tanto así que se desestimó una referencia a tal derecho bajo la fórmula de “derecho de aprovechamiento”, por considerar que esta noción estaba teñida de las connotaciones negativas que arrancaban de la legislación prevista en 1967⁵⁹. De hecho, el tenor con el que fue finalmente redactada la norma evidencia el alejamiento de dicha fórmula a efectos de reconocer la titularidad dominical sobre cualquier tipo de derecho, hubiese o no sido constituido de conformidad a los términos de la Ley N° 16.640, para lo cual prefirió hablarse de los “derechos de aguas constituidos en conformidad a la ley o reconocidos por la ley”

El constituyente anticipaba la necesidad de una nueva redacción del Código de Aguas, basado en una lógica completamente diferente a la propuesta en el marco de la Reforma Agraria, pero omite una calificación previa de la configuración de tal normativa. En definitiva, sólo le parece pertinente solucionar el aspecto que estima más atinente para una órbita constitucional que, a la vez, es el que cree meritorio de protección: los derechos de los particulares sobre las aguas.

Antes de estudiar los alcances de dicha protección, valgan ciertas aclaraciones previas. Una relativa al tipo de derecho sobre las aguas que pretenden ser constitucionalmente protegidos, y otra respecto a la naturaleza jurídica de dicho derecho.

En primer lugar, la referencia a los derechos de los particulares sobre las aguas no puede ser entendida en términos demasiado amplios, sino sólo en lo concerniente al ejercicio de actividades extractivas. Una interpretación

⁵⁹ Sobre el tenor de este debate, *vid.* el debate contenido en las actas de la Sesión N° 183ª de la Comisión Ortúzar, celebrada el 2 de marzo de 1976.

coherente del texto constitucional impedirá asumir que éste tiene por objeto ofrecer igual grado de protección a todas las personas que requieran efectuar actividades no extractivas en las aguas corrientes, generalmente sujetas a la lógica de un sistema de acceso abierto (*open access*). Lo anterior no sólo resulta del tono del debate de la comisión constituyente, sino especialmente de la intensidad del resguardo previsto y de la finalidad del mismo.

La posibilidad de que los particulares hagan uso de las aguas para actividades no extractivas no puede estar protegida por vía dominio, en tanto ello restringiría las herramientas administrativas para delimitar los términos de la forma de aprovechamiento. De esta manera, cualquier limitación a tal derecho debería estar establecida por ley, basada en la función social de la propiedad, al tiempo que cualquier restricción debería ser convenientemente indemnizada, una vez satisfechos los requisitos de la expropiación. Siguiendo esta interpretación, su resultado no nos parece lógico, principalmente si se considera que un supuesto “derecho” a acceder (no extractivamente) a las aguas correspondería a todos los habitantes de la Nación (artículo 589 CC).

En segundo lugar, aun a pesar de que es posible llegar a una interpretación coherente del texto de la CPR, existe una profunda confusión terminológica en el debate preconstitucional respecto a la naturaleza jurídica de los derechos que se conceden a los particulares para el aprovechamiento extractivo de las aguas. De este modo, ya hemos referido el rechazo por la denominación de “derechos de aprovechamiento”, pero debemos puntualizar que el mismo surge, a juicio de la Comisión Ortúzar, de la comparación de su naturaleza en la regulación prevista en el Código de Aguas de 1951 con el contemplado en la Ley N° 16.640.

A este respecto, por ejemplo, José María EYZAGUIRRE GARCÍA DE LA HUERTA (Presidente de la Subcomisión del Derecho de Propiedad) expresaba que:

“con relación a la actual naturaleza del derecho de aguas, que es un derecho real administrativo —como lo califica el Código de Aguas después de la modificación que le introdujo la Ley de Reforma Agraria— que tiene todas las características de una concesión. De manera que terminó aquel derecho de dominio que existía sobre el aprovechamiento de las aguas y que establecía el antiguo Código, sustituyéndose por este derecho real administrativo, el cual se constituye en la forma que dispone el citado Código y que está sujeto a que, en cualquier

momento, por una resolución fundada de la Dirección General de Aguas, el Presidente de la República ordene la distribución de las aguas de una determinada cuenca u hoya hidrográfica entre los distintos regantes, estableciendo lo que se denomina “tasa de uso racional y beneficioso” para cada uno de ellos y extinguiendo, por lo tanto, el goce que estos mismos tengan sobre las aguas con que hasta ese momento regaban”

La aclaración que deseamos hacer se refiere a la naturaleza del derecho que se le reconoce a los particulares para aprovechar extractivamente las aguas, considerando especialmente que, tanto a la fecha del texto constitucional como en la actualidad, estas últimas están catalogadas como bienes nacionales de uso público. La calificación de tales derechos como “derechos reales administrativos” prevista a contar del Código de Aguas de 1951 (que se mantuvo tanto en la Ley N° 16.640, como en el CA de 1981) contiene ciertas imprecisiones técnicas a las que haremos referencia más adelante, pero que por el momento cabe entender como derechos subjetivos públicos reconocidos a los particulares para el ejercicio de una cierta actividad (extractiva) respecto a las aguas corrientes, considerando estas últimas como bienes nacionales de uso público. Como señala GUZMÁN BRITO (2006, p. 78) “Hoy, pues, ya no cabe dominio privado sobre las aguas, pero sí un derecho privado de aprovechamiento, con carácter patrimonial, que evidentemente es cosa incorporal”

De este modo, el contenido del derecho quedará determinado por la finalidad que se ha pretendido satisfacer mediante la técnica de la publicación, que, como hemos advertido, el constituyente siempre quiere reconducir a cuestiones de interés nacional y de utilidad pública (artículo 19, número 23 CPR). Por ello, la mayor o menor extensión del derecho, como también la intensidad de la intervención administrativa en su ejercicio, no logran alterar su naturaleza jurídica. En consecuencia, no es efectivo que el Código de Aguas de 1951 (como tampoco la legislación actualmente en vigor) consagren un verdadero derecho de propiedad privada sobre las aguas, cuestión, por lo demás, imposible dado el carácter inapropiable de los bienes nacionales de uso público; ni tampoco es cierto que la Ley N° 16.640 haya implícitamente negado una titularidad dominical sobre tal derecho bajo su configuración como “derecho real administrativo”

En suma, el objeto de protección del artículo 19, número 24 CPR, se refiere al derecho que la ley haya otorgado o reconocido a los particulares

para el aprovechamiento de las aguas, cualquiera sea el contenido del mismo. Apréciese también que ya hemos señalado que ni siquiera la definición de las aguas como bienes nacionales de uso público ha quedado dispuesta previamente por el constituyente, de lo que resulta que, incluso, el derecho constitucionalmente protegido puede no ser un derecho subjetivo público, sino hasta lisa y llanamente un derecho de propiedad. Lo relevante, conforme al tenor del texto constitucional, es que, cualquiera sea la naturaleza y extensión del derecho, este se encuentre protegido mediante los mismos expedientes que el derecho de propiedad.

B) La protección constitucional del derecho de propiedad como amparo a la titularidad sobre el derecho de extracción de las aguas corrientes

A efectos de otorgar protección al derecho público subjetivo que permite a los particulares efectuar un aprovechamiento extractivo de las aguas, el ordenamiento constitucional chileno ha optado por no construir un sistema especial. Al contrario, ya a partir del texto constitucional, elige revestir al derecho de aprovechamiento con el ropaje del derecho de propiedad, a fin de asegurar a su titular exactamente el mismo régimen protector que le es concedido a esta garantía constitucional.

Sobre este particular, cabe considerar especialmente que la amplitud con la que se reconoció el derecho de propiedad en la CPR tuvo por objeto fundamental situarlo en el núcleo del orden público económico constitucionalmente consagrado. Conjuntamente con la libertad de empresa y el principio de subsidiariedad del Estado, lo que se desea es que, por regla general, sean los particulares quienes, por medio de sus decisiones, lleven las riendas del destino de la economía nacional. Para tales fines, el ordenamiento constitucional siente la necesidad de ofrecer protección tanto al libre desarrollo de cualquier actividad económica, como asegurar la estabilidad de su dominio sobre los bienes de naturaleza productiva.

Esta reconducción supone, en primer término, la aplicación al derecho particular para aprovechar las aguas de todo el régimen jurídico que a la propiedad corresponde, y, por de pronto, de la garantía constitucional reconocida en el artículo 19, número 24 CPR, que en su parte pertinente dispone que:

“La Constitución asegura a todas las personas (...) El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.

El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar, previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisoriamente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión”

En el contexto de la CPR, el derecho de propiedad pasó a constituir la garantía de protección por excelencia, de tal manera que ha existido una marcada tendencia doctrinal y jurisprudencial a reconducir cualquier suerte de derecho a esta garantía constitucional. Esta fórmula, conocida bajo la idea de la “propietarización de los derechos”, se articula sobre la base de concebir la existencia de “derechos sobre derechos” (VERGARA BLANCO, 1991-1992, p. 284), extendiendo los deslindes del objeto del derecho de propiedad a toda suerte de titularidades subjetivas.

Este fenómeno singular ya tenía origen en el artículo 583 CC, aunque, veremos, para una finalidad completamente diferente. Aquél dispone que *“Sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”*, de lo que resulta que la técnica de la propietarización había sido usualmente empleada por parte del Derecho común chileno a efectos de reconducir, al menos, los derechos reales al estatuto jurídico del dominio.

Podría sostenerse que, mediante esta norma, el CC quería otorgar a los titulares de los derechos reales distintos del dominio la protección que corresponde a todo propietario, especialmente permitiéndoles el ejercicio de la acción reivindicatoria contra los poseedores no dueños (artículo 889 CC)⁶⁰ Sin embargo, no estamos de acuerdo con esta interpretación. El ejercicio de la acción reivindicatoria a su respecto tiene lugar dado que el artículo 891 CC dispone *“Los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio; excepto el derecho de herencia”* Así, por la sola calificación de un derecho como derecho real, el sistema jurídico ya le brinda a dicha titularidad la misma protección que le otorga legalmente al derecho de propiedad.

Ello significa, en otras palabras, que la “propietarización” empleada por el Derecho común, a diferencia de la CPR, no tiene por objeto la protección de la titularidad real correspondiente. Así, aun cuando esta materia escapa de los ámbitos de nuestro trabajo, creemos que la propietarización de los derechos reales distintos del dominio, prevista en el Derecho común, tiene por objeto reconducir sus respectivos estatutos jurídicos al régimen dominical, al menos en lo relativo a su adquisición, conservación y pérdida.

Esta materia se vuelve más compleja al articular las normas del CC con las previstas en el CA. Sobre esta materia, cabe recordar que el inciso primero del artículo 6° CA califica el derecho de aprovechamiento como un derecho real, aunque, veremos, a nuestro juicio dicha categoría no les es naturalmente aplicable⁶¹ De ello resulta que el titular del derecho de aprovechamiento estará facultado para el ejercicio de la acción reivindicatoria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 891 CC antes citado. Pero, cabe advertir, además, que el inciso segundo del artículo 6° CA propietariza el derecho de aprovechamiento de aguas, indicando que *“El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”* Entonces, nuevamente, esta técnica no puede

⁶⁰ El artículo 889 CC dispone que *“La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela”*. El régimen jurídico de dicha acción se encuentra contemplado en los artículos 889 a 915 CC.

⁶¹ El artículo 6° CA dispone que *“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código”*

haber sido utilizada para ofrecer el ejercicio de la acción reivindicatoria, por lo que creemos que su finalidad ha sido reconducir esta materia al estatuto dominical en lo que sea pertinente.

Por su parte, la CPR amplió el margen de protección al reconocer en el artículo 19, número 24, inciso primero, que *“La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.”*, propietarizando todas las “cosas incorporales”, es decir, todo derecho subjetivo de carácter patrimonial⁶². Aunque la amplitud del objeto de protección pueda ser discutible, lo que sí debemos tener claro es que la CPR propietarizó de manera expresa el derecho de los particulares para aprovechar extractivamente las aguas (inciso final del artículo 19, número 24 CPR). Con ello, el constituyente quería evitar cualquier exégesis constitucional que condujere a la idea de que los derechos que nacen de una concesión para el aprovechamiento de las aguas no estarían albergados dentro de los bienes incorporales a que se refiere el inciso primero del mismo artículo.

Si se tiene en consideración el tenor del inciso primero del artículo 19, número 24 CPR, que incluye todos los “bienes incorporales”, podría pensarse que el inciso final del mismo artículo es redundante si se colige que el derecho de aprovechamiento queda necesariamente incluido tal categoría. Confirma lo anterior el comisionado Jorge OVALLE QUIROZ, al señalar que *“(...) protegida la propiedad en sus diversas especies, es evidente que está protegida la propiedad sobre los derechos, que no es sino una forma de propiedad”*⁶³. Es más, y para que los aprovechamientos particulares de las aguas quedasen suficientemente protegidos por medio de la propietarización de los derechos, hubiese sido suficiente con un mandato constitucional

⁶² En el acta de la Sesión N° 155 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 2 de octubre de 1975, Alejandro SILVA BASCUÑAN se refería al derecho de propiedad en los siguientes términos: *“(...) se concibe el derecho de propiedad como comprensivo de todo beneficio de carácter patrimonial, ya sea el derecho real de dominio sobre cosas muebles e inmuebles, sobre derechos reales y personales, sobre cosas corporales e incorporales y sobre cualquier tipo de beneficios patrimoniales. (...) Estas normas se refieren a todos los estatutos de los beneficios patrimoniales, cualquiera sea su índole y, respecto de todos ellos, afirma la necesidad de respetar su esencia”*

⁶³ Acta de la Sesión N° 166 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 13 de noviembre de 1975.

al legislador de que al momento de configurar la titularidad privada para aprovechar las aguas le diere la forma de un derecho.

Sin embargo, veremos que esta disposición tiene su propia *ratio*. En las sesiones de la Comisión Constituyente en que se discutía la necesidad de incorporar en el texto constitucional ciertas disposiciones relativas a las titularidades para extraer las aguas, el gran incentivo a regular estas materias era la precariedad de los “derechos de aprovechamientos” constituidos durante la vigencia de la Ley N° 16.640, de 1967, sobre Reforma Agraria. Así, y con graves imprecisiones terminológicas y conceptuales, la Comisión Ortúzar estimaba que el derecho de aprovechamiento era una titularidad débil sobre la cual los particulares no ostentaban propiedad (justamente por su frágil configuración)⁶⁴

Sin perjuicio de las imprecisiones técnicas, se desprende de aquellos dichos que, a los ojos de la Comisión Ortúzar, el problema de la legislación de aguas de 1967 era que los concesionarios, al no ser verdaderos titulares de sus respectivos “derechos” de aprovechamiento, quedaban a merced de las actuaciones de la Administración, con lo cual el derecho quedaba “sujeto a que, en cualquier momento, por una resolución fundada de la Dirección General de Aguas, el Presidente de la República orden[are] la distribución de las aguas de una determinada cuenca u hoya hidrográfica entre los distintos regantes, estableciendo lo que se denomina “tasa de uso racional y beneficioso” para cada uno de ellos y extinguiendo, por lo tanto, el goce que

⁶⁴ En el acta de la Sesión N° 19 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 20 de diciembre de 1973, se dejó constancia que la Subcomisión de Derecho de Propiedad presentó a la Comisión Ortúzar el método de trabajo a seguir y las primeras preocupaciones que surgían en el seno de dicha Subcomisión. Así, el comisionado José María EYZAGUIRRE GARCÍA DE LA HUERTA señalaba, con respecto a los derechos de aprovechamiento de aguas, que: “La figura que se usa actualmente es, en lugar de un derecho de dominio, el derecho de aprovechamiento de aguas concedidos por el Estado a los propietarios para el resguardo y explotación de sus predios, o bien para el funcionamiento de las industrias y agua potable para las poblaciones; es decir, existen diversos tipos de concesión. La Subcomisión ha estimado que debe establecerse un régimen que, sin importar el reconocimiento de un derecho de dominio sobre las aguas, permita asegurar las inversiones que conforman una infraestructura tendiente a lograr el mejor aprovechamiento de este elemento, tales como redes de canales, tranques de almacenamiento, etc. En definitiva se pretende reforzar el derecho de aprovechamiento y evitar que se cometan irregularidades, como por ejemplo, fijar una tasa desproporcionada y arbitraria respecto del uso del agua en una zona determinada, lo que provocaría la caducidad del derecho de aprovechamiento de que pueden gozar los particulares”

estos mismos tengan sobre las aguas con que hasta ese momento regaban”⁶⁵. En definitiva, los concesionarios podían ser despojados de sus derechos por parte de la Administración, sin que ésta los indemnizara.

Para dar solución a este grave problema, la Comisión Constituyente optó por propietarizar el derecho de los particulares a extraer las aguas. Se estimó que si se le aplicaba el estatuto de la propiedad al derecho de aprovechamiento que la legislación de aguas creara en su momento, aquella titularidad quedaría revestida de la máxima protección constitucional. Así, el comisionado Enrique ORTÚZAR ESCOBAR señalaba que:

“reconocer las características de un derecho de propiedad con todos sus atributos al derecho de aprovechamiento de las aguas constituye una garantía verdaderamente suficiente y, a la vez, da la seguridad que corresponde a este titular de un derecho real que implica los atributos y facultades del dominio, como para poder mantener y conservar el ejercicio de su derecho en las mejores condiciones posibles”.⁶⁶

Por ello, la mención especial de los derechos de aprovechamiento de aguas en el inciso final del artículo 19, número 24 CPR, puede entenderse como una forma mediante la cual la CPR asegura que, cualquiera fuese la regulación legal de los aprovechamientos particulares, éstos estuviesen revestidos con la protección constitucional del dominio. De esta forma, si en el futuro el legislador concediese mercedes o concesiones de aguas, permisos administrativos, o mantenía la categoría de los derechos de aprovechamiento de legislación en vigor, de todas maneras esa titularidad, fuese amplia o restringida, albergaría un derecho que, por precario o débil que fuese, quedaría sometido al estatuto constitucional de la propiedad.

De este modo, la aplicación del régimen constitucional de la propiedad privada, como garantía protectora del derecho público subjetivo de aprovechamiento de las aguas, pretende revestir a este último de la máxima protección frente a los actos de los particulares y de la Administración, quedando el derecho así cubierto con las herramientas jurídicas más só-

⁶⁵ Palabras del comisionado José María EYZAGUIRRE GARCÍA DE LA HUERTA contenidas en el acta de la Sesión N° 182 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 14 de enero de 1976.

⁶⁶ Actas de la sesión N° 182 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 14 de enero de 1976.

lidas para hacer frente a cualquier decisión administrativa que tenga por objeto conculcarlo o abolirlo. En consecuencia, mediante la técnica de la propietarioización, la CPR pretende disponer de una reserva legal en lo relativo a la adquisición, facultades, limitaciones, obligaciones y causales de expropiación del dominio (artículo 19, número 24 CPR); la regulación de las causales, procedimiento e indemnización para el caso de expropiación (artículo 19, número 24 CPR); prevenir los abusos de la Administración y de los particulares, confiriendo la posibilidad de ejercer la acción de protección (artículo 20 CPR); y la protección del derecho en su esencia (artículo 19, número 26 CPR). A todas estas materias nos referiremos a continuación.

1. La reserva legal relativa a los modos de adquirir el dominio y a la configuración de las facultades de uso, goce y disposición

La protección constitucional de la propiedad supone que ciertos aspectos de su régimen jurídico queden sujetos a reserva legal. De este modo, conforme al artículo 19, número 24 CPR, antes citado, sólo por medio de una declaración de rango legal puede fijarse el modo de adquirir la propiedad, pero también las formas en que se deben ejercer las facultades de uso, goce y disposición que ella comprende. La garantía se configura, entonces, como un límite a la potestad reglamentaria de la Administración para alterar los contornos de la propiedad, impidiendo que ésta (vía reglamento) termine conculcando la garantía.

Sobre el particular, y en relación a los derechos de aprovechamiento de aguas, lo anterior implica que todos los medios por los cuales los particulares pueden acceder a su titularidad deben estar establecidos en normas de carácter legal, vedando cualquier posibilidad de ejercicio de potestades reglamentarias por parte de la Administración. En este sentido, la protección que el constituyente desea otorgar a los particulares se traduce en la certeza de que sólo el legislador podrá fijar los mecanismos de adquisición del derecho, estableciendo sus requisitos, modalidades y características, y que de ningún modo la Administración podrá inmiscuirse en esta materia a fin de hacer más gravosa la adquisición de una titularidad.

En el caso de los derechos de aprovechamientos de agua, el mandato constitucional debe reconducirse a las reglas establecidas en el CA respecto a la adquisición de los derechos de aprovechamiento. Así, los modos

originarios de adquisición se describen en el artículo 20 CA, que, en su parte pertinente, es del siguiente tenor: *“El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad...// Exceptúanse los derechos de aprovechamiento sobre las aguas que corresponden a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad, como asimismo, sobre las aguas de lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas, de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad y en las cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos a favor de terceros, a la fecha de vigencia de este código. La propiedad de estos derechos de aprovechamiento pertenece, por el solo ministerio de la ley, al propietario de las riberas”*

La disposición anterior supone, en consecuencia, que la adquisición originaria de derechos de aprovechamiento se bifurca en un sistema de asignación concesional, que reviste el carácter de regla general, y en un sistema de asignación legal, que tiene una importancia relativa inferior en tanto se refiere a ríos y lagos menores. La garantía constitucional en referencia implicará, al menos en lo que se refiere al sistema concesional de adquisición, que sus términos sustantivos estén dispuestos en una norma de carácter legal, como es la que se contiene en el articulado del CA.

Por su parte, los modos de adquirir derivados no se encuentran detallados en el propio CA, sino en cuanto éste reconduce la materia a las disposiciones generales del Código Civil. Así, el artículo 21 CA dispone que *“La transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente código”*, originando lo que se ha denominado como “principio de libre transferibilidad” de los derechos de aprovechamiento. De este modo, los modos de adquirir derivados serán la tradición y la sucesión por causa de muerte, cuyo tratamiento jurídico se encuentra contenido, nuevamente por mandato constitucional, en una norma de rango legal, como es el CC.

Asimismo, la CPR señala que quedan sujetas a la reserva legal todas las disposiciones que se refieran a la forma en que los particulares pueden usar, gozar y disponer de los bienes, en tanto constituyen éstas las facultades esenciales del dominio. De este modo, la protección constitucional nuevamente se refiere a la prohibición de que la Administración se inmiscuya en

estas materias a fin de que el particular pueda pasar a tener un derecho de propiedad que, en la práctica, sea inútil.

Ya en relación con los derechos de aprovechamientos de agua, cabe destacar que su definición legal hace alusión a las facultades de uso y goce de las aguas, del siguiente modo: *“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código”* (artículo 6º, inciso primero, CA). No obstante, no es a ellas a las que se refiere la protección constitucional, sino, siguiendo la técnica de la propiatarización de los derechos, al derecho de dominio que el propio constituyente reconoce a los particulares sobre el derecho de aprovechamiento. En este mismo sentido debe entenderse la redacción del inciso segundo del citado artículo 6º CA, al disponer que *“El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”*

Pero, aún más relevante para estos aspectos, sólo se admiten limitaciones u obligaciones en el ejercicio del derecho de propiedad fundado en la denominada “función social”, definida constitucionalmente bajo la idea de satisfacción de *“intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”* (artículo 19, número 24, inciso segundo CPR). De este modo, la garantía constitucional no sólo implica que las limitaciones al ejercicio de las facultades esenciales del dominio (uso, goce y disposición) deben estar dispuestas por ley, en cuanto ello podría significar el otorgamiento de una carta blanca al legislador, sino que ellas deben fundarse en la citada “función social” y, como veremos, en la no afectación de la esencia del derecho de propiedad (artículo 19, número 26 CPR).

La justificación de la existencia de una de las variables que configura la “función social” de la propiedad determinará que cualquier limitación a ella establecida no deba sujetarse al régimen de la expropiación al que nos referiremos a continuación. La idea de que la extensión de la propiedad privada esté modulada por la utilidad colectiva habría surgido en el marco de la Constitución Política de 1925, en que se permitió el establecimiento de limitaciones por razones de orden social y de intereses generales, criterio que fue profundizado con motivo de las reformas constitucionales de 1967

(por medio de la Ley N° 16.615), hasta incorporar expresamente el concepto de “función social” de la propiedad. En cualquier caso, con motivo de la promulgación de la CPR, la idea de la “función social” ha quedado delimitado en razón de los siguientes bienes jurídicos: “los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”. Estos cinco factores son taxativos, sin perjuicio de que cada uno de ellos tiene una amplitud considerable a efectos de encuadrar en ellos diversos presupuestos fácticos. Dichos conceptos constituyen “términos indeterminados” por cuanto sus contornos no están claramente definidos ni en la CPR ni en la ley. Será, por tanto, misión del legislador determinar si una situación particular queda o no contenida en dichos supuestos, únicos y legítimos para imponer limitaciones u obligaciones a los propietarios en razón de la función social de la propiedad.

2. La protección de la propiedad mediante la regulación y las limitaciones a la expropiación

Ante las repercusiones que trajo consigo la experiencia chilena en el marco de la Reforma Agraria (1967-1973) y de la Unidad Popular (1970-1973), la Comisión Ortúzar puso especial atención a las formalidades, requisitos y limitaciones a la expropiación. De hecho, la extensión de la regulación constitucional sobre la materia parece tener un mayor grado de detalle del que relativamente se asigna a otras materias, probablemente con la finalidad de evitar que, por vía legal, se modulase la figura a efectos de otorgar mayores poderes a la Administración, debilitando la garantía constitucional de la propiedad.

De este modo, el principio fundamental se dispone en el artículo 19, número 24, inciso 3° CPR, establece que “*Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador*” De la citada norma se advierten los siguientes aspectos relevantes de mencionar:

i) *Reserva legal*: la expropiación sólo puede ser dispuesta en virtud de una norma de rango legal, sea general o particular, desterrando el ejercicio de las potestades reglamentarias de la Administración. En cualquier caso,

la propia norma agrega que el encargo al legislador no sólo se refiere a disponer la expropiación, sino también a calificar y expresar la causa de la expropiación a fin de velar por su constitucionalidad.

ii) *Extensión*: la expropiación no sólo es definida como la privación de la propiedad, sino también a los atributos y facultades esenciales del dominio, refiriéndose, por una parte, a su carácter absoluto, exclusivo y perpetuo, y, por la otra, a las facultades de su uso, goce y disposición que aquél implica (SOTO KLOSS, 1996, p. 298).

La jurisprudencia ha anotado, en este sentido, una distinción entre la privación y las limitaciones impuestas al dominio. Al respecto, el TC ha resuelto tal distinción por medio de un criterio de magnitud, aunque no otorga suficientes antecedentes para su medición, expresándose del siguiente modo: "...si bien no les priva del dominio del terreno de la vía de acceso, se les limitan las facultades de uso y de goce de tal forma que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio"

La fijación de deslindes entre ambas posibilidades (privación y limitaciones) tiene por punto fundamental determinar la existencia o no de un derecho de indemnización a favor del particular. Como explica ALDUNATE LIZAMA (2006, p. 288):

"Mientras que las limitaciones, por definición, encuentran su sustento jurídico constitucional en la función social de la propiedad —que por lo demás se encuentra bastante acotada en nuestro orden fundamental— y por lo mismo constituyen la delimitación jurídica de la específica opción legislativa por la extensión de las facultades dominicales y sus cargas, la privación presupone una actuación que sustrae un elemento del ámbito dominical constitucionalmente protegido, y es esa sustracción la que motiva la indemnización"

iii) *Causa*: el constituyente advierte como principal limitación a la posibilidad de que el legislador disponga de la expropiación de un bien el circunscribir las causas que lo legitiman para ello. A tales efectos, un acto expropiatorio constitucionalmente válido sólo puede estar fundado en una causa de utilidad pública o de interés nacional, que, si bien son conceptos bastante amplios, exigen al legislador la motivación de su disposición expropiatoria.

Como indica SILVA BASCUÑÁN (1996, pp. 112 y 113):

“... esa expresión de voluntad no se satisface con una simple referencia en abstracto de la ley a uno u otro de esos valores constitucionales sino que ha de fundarse en el beneficio llamado a producir, en razón de la destinación de la cosa, prevista asimismo por el legislador, o sea, de la finalidad señalada por la ley y que habrá de lograrse por el uso y disposición del bien expropiado”

El artículo 19, número 24 CPR también regula esta garantía constitucional normando las acciones de reclamación del expropiado, ejecutables ante los tribunales ordinarios, y el derecho a indemnización del daño patrimonial que el hecho de la expropiación efectivamente le causa. El constituyente ha prestado una mayor atención a este último aspecto, disponiendo la forma en que ésta debe determinarse (sea de común acuerdo o en sentencia dictada por el tribunal competente), el modo de pago (en dinero efectivo y al contado) y el momento en que se podrá hacer toma material del bien expropiado (previo pago del total de la indemnización).

Ahora bien, cabe señalar que la técnica de la expropiación fue utilizada a efectos de disponer la publicación de todas las aguas en el año 1967. Al respecto, y sirviendo de antesala a la Ley N° 16.640, de Reforma Agraria, la Ley N° 16.615 dispuso una reforma constitucional conforme a la cual *“La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción”*

Pero es necesario advertir que una cosa es la expropiación de las aguas que, a la fecha de la Ley N° 16.640, tenían el carácter de “aguas privadas” de conformidad a los términos el Código Civil, y otra se refiere a la expropiación de los derechos de aprovechamiento de aguas que se constituyen sobre las “aguas públicas”, sea en virtud de la ley o mediando un procedimiento concesional. Los miembros de la Comisión Ortúzar no tuvieron claridad sobre esta distinción regulatoria.⁶⁷

⁶⁷ *Vid.*, especialmente, las actas de la Sesión N° 182 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 14 de enero de 1976.

En cualquier caso, la posibilidad de expropiación de esta suerte de derechos constituyó una especial preocupación expresada por parte de la citada Comisión. Sobre el particular, la Subcomisión relativa al Derecho de Propiedad había propuesto una norma del siguiente tenor: “*En caso de expropiación de un derecho de aprovechamiento, el propietario sólo recibirá indemnización si es privado del uso y goce del agua suficiente para atender a las mismas necesidades que satisfacía con anterioridad a aquélla*”, de tal suerte que la técnica expropiatoria podría ser utilizada a fin de evitar el acaparamiento y especulación de derechos de aprovechamiento, sin otorgar derecho a indemnización por parte de los particulares. Esta idea tuvo una especial acogida inicial en la Comisión, en términos de sostener que el perjuicio patrimonial derivado de la expropiación de aguas no necesarias sería nulo (o muy bajo) y, por tanto, no indemnizable. Sin embargo, fue este mismo argumento el que incidió en la eliminación del párrafo propuesto por la Subcomisión, en tanto se entendió que la regla general antes descrita, cubría el supuesto especial contemplado para los derechos de aprovechamiento, creando una reiteración innecesaria.

A estos efectos, se argumentó que el derecho a la indemnización con motivo de la expropiación sólo tendría lugar en caso de que el particular efectivamente experimentase un perjuicio patrimonial, y que, en el supuesto de que el bien expropiado fueren derechos de aguas que no fueren necesarios para su titular, no se produciría tal perjuicio. Esta conclusión, en definitiva, sugiere la opinión de la Comisión de que el valor especulativo de un bien (sea o no un derecho de aprovechamiento) no merece indemnización alguna en tanto no configura un daño patrimonial efectivamente causado al expropiado.

3. La acción de protección constitucional como medio de resguardo del derecho de propiedad

El principal medio de protección de la garantía que confiere la propiedad de un derecho se articula por medio del denominado “recurso de protección”, consagrado en el artículo 20 CPR. En realidad, más que un recurso, constituye una acción de rango constitucional⁶⁸, destinada a

⁶⁸ Por todos, ERRÁZURIZ/OTERO, 1989, p. 11.

restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado cuando éste “*por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio*” de ciertos derechos y garantías reconocidos en el artículo 19 CPR, entre los que se encuentra el derecho de propiedad. Esta protección por supuesto que ampara también al titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, en exactamente los mismos términos que respecto al dominio sobre cualquier otra clase de bienes. O, como indica VERGARA BLANCO (1998a, p. 314):

“Como consecuencia de la aplicación de un sistema general de protección a las titularidades públicas (Acta Constitucional N° 3, de 1976, y Constitución de 1980), en el sector se ha producido un reforzamiento de los derechos privados dirigidos al aprovechamiento de las aguas...”

Si bien un análisis en profundidad de la acción de protección desborda los límites del presente trabajo, para una comprensión didáctica del asunto nos referiremos sucintamente a las cuestiones que nos parecen más relevantes del mismo⁶⁹ Entre estos aspectos, destacan los tres requisitos de procedencia copulativos de la acción de protección constitucional, el sujeto activo, el sujeto pasivo de la pretensión, y la finalidad del recurso.

Respecto a los requisitos de interposición del recurso, debemos señalar los siguientes:

a) *La ocurrencia de “actos u omisiones arbitrarios o ilegales”*. Con ello se quiere significar que el recurso de protección procede tanto por conductas que impliquen una actuación o una omisión cuando el sujeto tenía el deber de actuar.

La antijuridicidad de la actuación u omisión resultará en su arbitrariedad o ilegalidad, perturbando o amenazando el ejercicio de las garantías constitucionales cubiertas por el recurso. La arbitrariedad está dirigida a cubrir los supuestos en que la acción u omisión del infractor no tiene justificación racional alguna, suponiendo que ha existido “carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, falta de proporción en los medios empleados, o ausencia o inexistencia de hechos que fundamentan la acción u omisión recurrida”⁷⁰

⁶⁹ Para un mayor detalle, *vid.*, especialmente, NOGUEIRA, 1995, 157-179.

⁷⁰ SOTO KLOSS, 1992, p. 189.

La ilegalidad, por su parte, parece un concepto más simple de definir, en tanto se refiere a situaciones que “no se atienen a la normativa por la cual debe regirse, o cuando un órgano ejerce atribuciones exclusivas en forma indebida, contrariando la ley” (PFEFFER, 2006, p. 98).

b) Que por causa de dichos actos u omisiones se haya producido una “privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de [ciertos] derechos y garantías” Se trata de distintos agravios en el ejercicio de los derechos protegidos. El de mayor gravedad lo constituye la privación de un derecho, es decir, la evicción total o parcial del mismo. Asimismo, la acción protege los casos de perturbación del derecho o garantía, que se refiere a la variación de las condiciones usuales u ordinarias en que se ejercía la prerrogativa. Por último, la amenaza se refiere a la existencia de una contingencia potencial, pero inminente, de privación (total o parcial) o de perturbación del derecho o garantía.

c) Que se trate de aquellos derechos y garantías específicamente contemplados en el artículo 20 CPR. Como se refleja en el texto constitucional, no era pretensión de la Comisión Constituyente que todas las garantías constitucionales fuesen efectivamente resguardadas por el “recurso de protección”, excluyendo expresamente a aquellos derechos económicos o sociales (generalmente denominados como de “segunda generación”). Esta circunstancia ha sido precisamente aquella que ha dado lugar a que, en un intento de equidad, los tribunales hayan pretendido ampliar el ámbito expreso del recurso, generalmente mediante el uso de la técnica de la propietarización de los derechos.⁷¹

Sobre los titulares de la acción de protección, el artículo 20 CPR dispone que “*El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos (...)*”. Para MOLINA GUAITA (2006, pp. 287 y 288), la expresión “*El que...*” utilizada por el constituyente “señala el sujeto protegido con la acción, dándole la mayor generalidad, comprensiva de personas naturales, sea que actúen individual o colectivamente; de asociaciones, sea que tengan o no personalidad jurídica; sea personas jurídicas de

⁷¹ Sobre el particular, *vid.*, especialmente, PFEFFER, 2006, pp. 98 y 99.

derecho privado o de derecho público. Nos parece que, siendo una garantía constitucional de gran amplitud, debe conjugarse con la expresión inicial del artículo 19 que [señala] “la Constitución asegura a todas las personas”, y en consecuencia, todas las personas, en la amplitud señalada en esa disposición, es la que corresponde a la inicial del artículo 20: “El que...”, que podrá leerse como “toda persona que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales...”

Respecto al sujeto pasivo de la pretensión, cabe advertir que, a diferencia de los sistemas en los que se entiende que las garantías constitucionales sólo sirven de freno a la actividad de la Administración, el sistema chileno reconoce que la privación, perturbación o amenaza de las garantías fundamentales puede provenir también de los particulares. Sólo existe limitación para el ejercicio de la acción de protección respecto a las leyes emanadas del poder legislativo, bastando el ejercicio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 93, números 6 y 7 CPR), ni contra de resoluciones provenientes de los Tribunales de Justicia.

Al respecto, y en referencia a la propietarización de los derechos, SACCO AQUINO (2006, pp. 485 y 486) opina que:

“(...) la teoría de los derechos adquiridos ha sido llevada a su máxima expresión: si los derechos se adquieren, es decir, si se incorporan al patrimonio de una persona, entonces quedan resguardados por el manto protector del Art. 19 N° 24. En otras palabras, las normas se entienden “irretroactivas” y los derechos adquiridos en virtud de dichas normas se vuelven intangibles porque, al ser incorporados al patrimonio de una persona, gozan de la misma inviolabilidad de la que gozan los demás bienes de propiedad de esa persona, incluso frente a la acción del legislador”

No estamos de acuerdo con la última frase propuesta por Sacco Aquino. A nuestro juicio, la técnica de la propietarización no otorga herramientas para dirigirse en contra del legislador. Todo derecho subjetivo que se acoge a la protección constitucional resultante de la propietarización, resulta cautelado mediante la acción de protección contenida en el artículo 20 CPR. Sin embargo, ya hemos advertido que, en ningún caso, la acción de protección se podrá dirigir en contra del legislador. En caso de que un particular se sienta afectado en sus derechos por una ley, deberá presentar un recurso

de inaplicabilidad para el caso concreto, de conformidad al artículo 93, números 6° y 7° CPR.⁷²

Ahora bien, cabe advertir que el sujeto pasivo de la pretensión, esto es, el infractor “recurrido”, no parece formar parte del procedimiento que tiene por objeto resolver la acción deducida, sino sólo en tanto informante de la situación de hecho denunciada por el “recurrente” (artículo 3° del Auto Acordado de la Corte Suprema de 24 de junio de 1992, sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales)⁷³. Este carácter unilateral, advierten FERRADA/BORDALI/CAZOR (2003, p. 73):

“se infiere que en esta materia no habría un verdadero proceso contradictorio, en los términos en que se desarrollan normalmente éstos, ya que no habría una pretensión contra una determinada persona, sino sólo un amparo judicial de un derecho fundamental, proveniente de una acción u omisión arbitraria o ilegal”

Opinión contraria sugieren los citados autores (2003, p. 75), al indicar que el carácter netamente jurisdiccional de las facultades ejercidas por los Tribunales Superiores de Justicia en el conocimiento y fallo del “recurso de protección” supone hacer aplicable las garantías del debido proceso (reco-

⁷² El artículo 93 CPR dispone, en su parte pertinente, lo siguiente: “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (...) 6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución; 7° Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior*”

⁷³ El citado artículo 3° dispone que “*Acogido a tramitación el recurso, la Corte de Apelaciones ordenará que informe, por la vía que estime más rápida y efectiva la persona o personas, funcionarios o autoridad que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del libre ejercicio de los derechos que se solicita proteger, fijándole un plazo breve y perentorio para emitir el informe, señalándole que conjuntamente con éste, el obligado en evacuarlo remitirá a la Corte todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso.// Recibido el informe y los antecedentes requeridos, o sin ellos, el Tribunal ordenará traer los autos en relación y dispondrá agregar extraordinariamente la causa a la tabla del día subsiguiente, previo sorteo en las Cortes de Apelaciones de más de una Sala. //Los oficios que fueren necesarios para el cumplimiento de las diligencias decretadas se despacharán por comunicación directa por correo o telegráficamente, a través de las Oficinas del Estado o por medio de un ministro de fe. El Tribunal cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso, podrá decretar orden de no innovar*”

nocidas en el artículo 19, número 3 CPR), requiriendo, entre otros, la bilateralidad de la audiencia y la igualdad jurídica de las partes en conflicto.

Por último, respecto a la finalidad del recurso de protección, es que en un plazo muy breve (dentro del quinto o del segundo día hábil desde su interposición, según la garantía de que se trate), la Corte de Apelaciones deberá “*adoptar de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes*”. El objeto de la acción de protección es, en definitiva, la solicitud al órgano jurisdiccional de que restablezca el orden jurídico, o, como ha señalado la jurisprudencia, “*repare de inmediato la juridicidad quebrantada*”⁷⁴ por medio del acto arbitrario o ilegal que ha afectado a un particular en el ejercicio de ciertos derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.

El carácter eminentemente cautelar del “recurso de protección” habilita a los Tribunales de Justicia tomar las “*providencias inmediatas para cumplir con su finalidad, que se concretan en el término de situaciones de hecho que (...) tienen un origen arbitrario o ilegal*”⁷⁵ Y, como resulta de la lectura de sus antecedentes prelegislativos:

“[*su*] propósito fundamental era crear un mecanismo procesal ágil y expedito de protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y no cubiertos por el Recurso de Amparo, lo que debiera entenderse sin perjuicio de los procedimientos ordinarios civiles y criminales que dispone el ordenamiento” (FERRADA /BORDALÍ/CAZOR, 2003, p. 71).

4. *La protección de la esencia del derecho de propiedad (artículo 19, N° 26 CPR) como “supragarantía constitucional”*

En el Derecho chileno, la consagración constitucional de la “no afectación de los derechos en su esencia” (artículo 19, número 26 CPR) tuvo su

⁷⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 16 de abril de 1984, en causa relativa a la sucesión de don Victorino Rebolledo, confirmada por sentencia de la Corte Suprema, de fecha 17 de mayo de 1984 (citada por ERRÁZURI//OTERO, 1989, p. 33).

⁷⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 13 de mayo de 1983 (citada por ERRÁZURI//OTERO, 1989, p. 34).

origen en las sesiones de la Comisión Ortúzar, precisamente al momento de tratar el derecho de propiedad. Surge, en un principio, la inquietud de limitar las amplísimas atribuciones que, con respecto a la regulación de la propiedad, habían sido entregadas al legislador con motivo de la reserva legal para que éste estableciera los modos de adquirir la propiedad, usar, gozar y disponer de ella.

Para estos efectos, el constituyente tuvo en consideración lo dispuesto en el párrafo 19.2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, al señalar enfáticamente que “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia,” imposibilitando que las leyes pudiesen afectar la “esencia del derecho mismo”. A partir de esta idea, comienza un profundo debate, relativo a la conceptualización de lo que debe entenderse por “esencia del derecho” (su contenido), la inclusión o no de un precepto relativo al concepto, y la ubicación que el mismo debía tener dentro de la CPR.⁷⁶

La esencia del derecho de propiedad servía como límite en la delimitación entre lo que debía entenderse por “limitación” y “privación” del dominio. Así, si se afectaba el derecho de propiedad en su esencia, se trataba de una expropiación, la cual debía indemnizarse⁷⁷. Al contrario, cualquier afectación accidental del derecho debía someterse a la lógica y requisitos de la limitación del derecho que, fundada en la función social de la propiedad, no merecía indemnización.

La Comisión Ortúzar nunca tuvo muy claro lo que debía entenderse por “esencia del dominio” y, por tal motivo, se discutía si la inclusión del concepto debía estar en el primer inciso del artículo, en el que se trataba de los elementos constitutivos del mismo, o en el inciso segundo, como límite a la reserva legal.

Así, una primera (y, a nuestro juicio, errada) aproximación a su conceptualización la otorga el comisionado Phillippi, quien sostuvo “que el

⁷⁶ Acta de la Sesión N° 36 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 30 de abril de 1974.

⁷⁷ Acta de la Sesión N° 36 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 30 de abril de 1974. En el mismo sentido, Manuel VALDÉS, Vicepresidente de la Confederación de la Producción y del Comercio, que expuso en la Sesión N° 39 de la misma Comisión, celebrada el 9 de mayo de 1974, sobre el memorándum elaborado por la Comisión y aprobado por la Junta de Gobierno que contiene los principios y objetivos fundamentales de la nueva Carta Política.

concepto de esencia no es ajeno al ordenamiento positivo nacional, ya que se contiene en el artículo 1.444 del Código Civil⁷⁸, relativo a los elementos de la esencia de los contratos, advirtiendo además que tenía la ventaja de ser un concepto bastante flexible por cuanto se adaptaba al devenir de los tiempos. A su vez, el comisionado RODRÍGUEZ puntualizaba que “el hecho de no atentar contra la garantía constitucional del derecho de propiedad no quiere decir que por ley no se pueda modificar o alterar la forma de uso, goce y disposición del dominio, sino que significa que no se pueden modificar o alterar en términos tales que la propiedad desaparezca”⁷⁹. Como se puede apreciar, para explicar los conceptos que figurarían en la CPR, la Comisión Ortúzar se remitía, en lo relativo al derecho de propiedad, a las categorías civilistas, lo que dificultaba aún más una comprensión coherente del dominio.⁸⁰

Para Enrique EVANS DE LA CUADRA, el concepto “esencia del derecho” no podía definirse y constituía “un concepto, un valor, un bien jurídico, una institución, una entidad, una creación, una entelequia superior al texto constitucional; una entidad congelada”⁸¹. Para el citado comisionado, la referencia de la esencia del dominio a los elementos constitutivos del mismo suponía petrificar la institución de la propiedad y, muy por el contrario, si se quería la inclusión del mismo concepto en el texto constitucional, debía hacerse con motivo de la reserva legal.

“Quizás con estas palabras –advierte CORDERO QUINZACARA (2006, p. 140)– EVANS no hizo más que vaticinar lo que sería una de las doctrinas más peregrinas sostenidas por la Corte Suprema, en cuya virtud llegó a elevar a un rango “cuasiconstitucional” las normas del Código Civil sobre el dominio y la posesión”

Para la Comisión Ortúzar, el problema estribaba en que como la CPR no definía los elementos constitutivos del dominio, bien podría el legislador *a posteriori* conceptualizar el derecho de propiedad de una manera distinta,

⁷⁸ Acta de la Sesión N° 148 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 26 de agosto de 1975.

⁷⁹ Acta de la Sesión N° 148 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 26 de agosto de 1975.

⁸⁰ En este mismo sentido, CORDERO QUINZACARA, 2006, p. 138.

⁸¹ Acta de la Sesión N° 150 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 4 de septiembre de 1975.

desnaturalizándolo, afectando lo que hoy se entiende como “esencia del dominio” sin que ello pudiese estimarse como inconstitucional, por cuanto ello estaría dentro de su competencia⁸². Sin embargo, para dicha Comisión, el estimar que la protección de la esencia del dominio no sólo debía referirse a la reserva legal, sino también a los modos de adquirir el dominio, implicaba confundir dos supuestos distintos, el derecho de propiedad y el derecho a la propiedad⁸³

Tras largos debates, finalmente en la Sesión N° 159, celebrada el 16 de octubre de 1975, la Comisión Ortúzar se inclinó por determinar lo que debe entenderse por “esencia del derecho de propiedad” En palabras del Presidente de la Comisión, Enrique ORTÚZAR ESCOBAR,

“La esencia del derecho, (...), no es sólo la facultad de usar, administrar, gozar y disponer; es algo más, e inclusive sin privar de ninguna de esas facultades puede posiblemente verse afectada la esencia del derecho. Entonces, es un concepto mucho más flexible y no rígido. (...) se afecta la esencia del derecho cuando se priva de la facultad de usar, administrar, gozar y disponer, pero no debe limitarse solamente a eso la esencia del derecho, (...) ya que el concepto es más amplio, más rico, más flexible, y dará oportunidad a los tribunales para que en cada caso se pronuncien acerca de cuándo se verá afectada o no la esencia del derecho”

En este mismo sentido y apelando a un concepto muy tradicional de la propiedad continental, Jaime GUZMÁN ERRÁZURIZ circunscribe aún más el concepto indicando que:

“Lo que constituye la esencia del contenido y modos de adquirir el derecho de propiedad, está configurado por los [mismos] aspectos (...) desde tiempos del Derecho Romano. La verdad es que han pasado circunstancias históricas muy distintas a lo largo de los siglos y, sin embargo, los modos de adquirir la propiedad y el derecho de uso, goce y disposición permanecen inalterados como conceptos que dan origen o constituyen el dominio”

Desde una perspectiva más filosófica Sergio DIEZ URZÚA calificaba la esencia de los derechos como:

⁸² En este sentido se pronunció Enrique ORTÚZAR ESCOBAR en la Sesión N° 155 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 2 de octubre de 1975.

⁸³ Acta de la Sesión N° 157 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 9 de octubre de 1975.

“aquello que caracteriza el derecho de propiedad como tal, sin lo cual éste no existe o se transforma en un derecho diferente. Será labor de la jurisprudencia ir precisando caso a caso dicho concepto, de acuerdo con las circunstancias económicas, históricas, filosóficas y políticas, de acuerdo con el espíritu general de la legislación”.⁸⁴

Sin perjuicio de las anteriores conceptualizaciones, para la Comisión Ortúzar, los elementos de la “esencia” del derecho de propiedad lo constituían las facultades del dominio (uso, goce y disposición)⁸⁵, los atributos del dominio (en especial la perpetuidad) y los modos de adquirir la propiedad.

Ahora bien, la unanimidad de los comisionados coincidieron en la necesidad de que la esencia de los derechos debía estar garantizada respecto de todas las garantías constitucionales, dando origen así al artículo 19, número 26 CPR que dispone que: *“La Constitución asegura a todas las personas (...) La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece⁸⁶ o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”*

A este respecto, se ha estimado que la CPR contendría una disposición general para proteger la esencia de todos los derechos y garantías de la CPR y una especial relativa al derecho de propiedad, en su inciso tercero, como garantía frente a la expropiación, “porque, sin duda, el derecho de propiedad es el más expuesto a ser vulnerado, y, por su naturaleza, es el que tiene más limitaciones”⁸⁷ De esta forma, el inciso tercero del artículo 19,

⁸⁴ Acta de la Sesión N° 155 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 2 de octubre de 1975.

⁸⁵ En este mismo sentido CORDERO QUINZACARA, 2006, p. 138.

⁸⁶ Para SACCO AQUINO, 2006, p. 502, “El alcance de la expresión “que la Constitución establece” debe interpretarse como aquellos derechos que la carta fundamental establece en todo su articulado y extensión, y no restringido al artículo 19 o al Capítulo III de los Derechos y Deberes Constitucionales. Lo anterior concuerda con la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución, pues en la C.E.N.C. [Comisión Ortúzar] se señaló que todos los derechos deben respetarse en su esencia, no sólo los relativos a los derechos individuales, sino también toda otra disposición constitucional que constituya garantía para el gobernado frente al gobernante aún cuando no esté en el capítulo de las garantías individuales”

⁸⁷ Palabras de Enrique ORTÚZAR ESCOBAR en la Sesión N° 158 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 14 de octubre de 1975.

número 24 CPR dispone que *“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”*. La idea que subyace en esta disposición es que el derecho de propiedad no sólo puede ser limitado por el legislador, sino que además su titular puede ser despojado del mismo, afectando de este modo la esencia. En este último caso, y tal como lo decíamos al comienzo, la piedra de tope a la afectación de la esencia la constituye la expropiación, la cual debe indemnizarse.

Sin embargo, creemos que estas dos garantías apuntan a dos aspectos diferentes de la protección derecho de propiedad. A continuación veremos cómo la protección resultante de la propietarización de los derechos en el ámbito del artículo 19, número 24 CPR, especialmente en lo que se refiere a la expropiación, difiere sustancial y formalmente de la protección de la esencia de los derechos garantizados por la CPR (artículo 19, número 26).

En cuanto a la expropiación, la protección constitucional de las facultades y atributos esenciales del dominio contenidas en el artículo 19, número 24 CPR, se refieren a que los particulares sólo pueden ser privados de ellos siguiendo el régimen previsto en el propio texto constitucional, al que ya hicimos referencia. Ahora bien, es evidente que la expropiación es una forma de afectación del dominio en su esencia, ya que priva a su titular del bien sobre el cual éste recae o sobre los atributos o facultades esenciales inherentes a tal derecho. Pero se trata de una afectación expresamente permitida por el constituyente en atención al cumplimiento de finalidades de interés o utilidad colectiva.

No obstante, veremos, no es esta la protección a la que, por su parte, se refiere el artículo 19, número 26 CPR, relativa a la protección constitucional de “los derechos en su esencia”, que dispone que *“La Constitución asegura a todas las personas... La seguridad [sic] de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”*

A este respecto, a juicio de SACCO AQUINO (2006, p. 496):

“A diferencia del artículo 19 N° 24, la intangibilidad que otorga el artículo 19 N° 26 no deriva de una propietarización de los derechos, sino que se confiere a determinados derechos por el hecho de ser tales”

La importancia de la distinción estriba en que:

“A diferencia del art. 19 N° 24, la intangibilidad del art. 19 N° 26 es prácticamente absoluta, ya que no permite la afectación de la esencia de los derechos garantizados por la Constitución (...). En otras palabras, (...) el art. 19 N° 26 no permite que los derechos sean afectados en su esencia, ni siquiera si media algún tipo de compensación para el titular, como hace el art. 19 N° 24 mediante el mecanismo de la expropiación” (Sacco Aquino, 2006, pp. 503 y 504).⁸⁸

Conclusiones estas que, a nuestro juicio, yerran en la lectura del artículo 19, números 24 y 26 CPR. Cabe señalar que la redacción del artículo 19, número 24 CPR apunta a los derechos de propiedad que el particular ya ha incluido en su patrimonio conforme a la legislación vigente al tiempo de su adquisición. Como es evidente, sólo es posible “expropiar” a alguien de aquellos bienes que ya se encuentran radicados en su haber. Sin embargo, el artículo 19, número 26 CPR no puede referirse, conforme a su texto, a

⁸⁸ Adicionalmente, SACCO AQUINO (2006, p. 504) estima que la garantía contenida en el artículo 19, número 26 CPR, podría utilizarse como herramienta contra los actos del “Estado”, proponiendo incluso que, en algunos casos, la citada norma debiese permitir afectar los derechos en la esencia. Sobre el particular, la citada autora señala que “Incluso si el art. 19 N° 26 llegase a tener algún tipo de protección frente a la acción de la Administración, ya sea por medio de su inclusión entre los derechos amparados por el recurso de protección o por medio de otros mecanismos, la total imposibilidad de afectar la esencia de ciertos derechos no es necesariamente beneficiosa para la sociedad. Esta intangibilidad absoluta tiene sentido respecto de los derechos relacionados con la vida e integridad moral de la persona, tales como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la libertad personal. Sin embargo, respecto de derechos de índole patrimonial, tales como el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita o la igualdad ante los tributos y cargas públicas, consideramos que el art. 19 N° 26 debiera permitir la posibilidad de afectar su esencia en casos de interés general mediante una justa compensación al titular. Como hoy en día esa alternativa no existe, en teoría el Estado no puede afectar la esencia de otros derechos patrimoniales distintos del derecho de propiedad fuera de los estados de excepción constitucional o los demás que la Constitución contempla. La consecuencia práctica de este vacío constitucional es que también el Estado se ve tentado de recurrir al resquicio de la propietarización, ya que por lo menos por esa vía tiene derecho a expropiar al titular de su derecho. Por lo tanto, si verdaderamente queremos eliminar el resquicio de la propietarización y otorgar protección directa a los derechos mediante el art. 19 N° 26, es necesario otorgarle una cierta flexibilidad que permita su aplicación práctica”

los derechos de los cuales una persona ya es titular, sino al estatuto legal que el propio constituyente ha ordenado al legislador para complementar o regular los términos de una determinada garantía. Así, sería imposible conferir alguna posibilidad de compensación a un supuesto titular de un derecho que aún no ha sido adquirido, en cuanto la regla se refiere aún al estado de creación de la ley que, ordenada por el constituyente, complementa o regula una garantía constitucional.

A nuestro juicio, la diferencia esencial que existe entre ambas disposiciones constitucionales es que la no afectación de la esencia de los derechos garantizados constitucionalmente por la vía del artículo 19, número 26 se verifica sólo con relación al legislador, en los casos en que la CPR le ha ordenado explícitamente que complemente o regule las garantías que ésta ha establecido. Como señala NOGUEIRA ALCALÁ (2005, p. 23):

“Así, sólo la Constitución y la ley pueden ser consideradas fuentes de limitación de los derechos fundamentales, ya que su carácter de derechos fundamentales deriva de su aseguramiento constitucional expreso o implícito, como asimismo, por el hecho de que su regulación está reservada exclusivamente al legislador (artículos 19 N° 26, 32 N° 3 y 6; 63 y 64 de la Constitución). Ninguna norma constitucional habilita a ningún otro órgano o autoridad para introducir válidamente limitaciones-restricciones de los derechos fundamentales”

En este mismo sentido, el TC ha fallado que *“De la sola lectura de esta norma se desprende que las inconstitucionalidades que se pueden derivar de esta disposición, sólo deben sustentarse en los “preceptos legales” que afecten la esencia de los derechos, lo que no podría aplicarse a los decretos supremos, pues éstos no tienen tal calidad”*⁸⁹

De esta manera, será el legislador el que, al cumplir el cometido constitucional, no podrá afectar el estatuto jurídico constitucional de las garantías reconocidas en el texto de la Ley Fundamental. Así, corresponde al legislador desentrañar cuál es el contenido esencial de cada una de las garantías reconocidas constitucionalmente, de tal modo que al complementarlas (si existe el mandato constitucional para ello) no termine por hacerlas ilusorias,

⁸⁹ Considerando vigésimo octavo de la sentencia del TC, Rol N° 167, de 6 de abril de 1993.

privándolas de aquello que le es consustancial⁹⁰. A este respecto, el TC ha fallado que “*un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica*”⁹¹.

A modo de ejemplo, en el caso de la garantía del derecho de propiedad del artículo 19, número 24 CPR, la Constitución, por medio de reserva legal, ha ordenado al legislador determinar los modos de adquirir, usar, gozar y disponer de la propiedad. El legislador, previo a complementar y regular esta garantía, deberá, *en primer lugar*, verificar que exista el mandato constitucional expreso que le encomiende dicha tarea; *en segundo lugar*, conocer hasta dónde llega el cometido constitucional, es decir, cuáles son los límites a la regulación o complementación extendidas al legislador⁹²; y, *en tercer lugar*, deberá determinar cuál es el núcleo infranqueable de la propiedad, en otras palabras, qué hace que la propiedad sea lo que es.

De esta manera, la garantía constitucional de “reserva legal” contenida en el artículo 19, número 24 CPR, funcionará de la siguiente manera. En caso

⁹⁰ El TC, ha otorgado ciertas directrices para determinar el contenido esencial de los derechos. Así, por ejemplo, en el considerando vigésimo noveno de la sentencia del TC, Rol N° 280, de 20 de octubre de 1998, ha fallado que “El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular. Estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación”

⁹¹ Considerando vigésimo primero de la sentencia del TC, Rol N° 43, de 24 de febrero 1987, relativa al proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Partidos Políticos.

⁹² En este sentido, aunque con relación a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa, el TC ha fallado que “la Constitución establece reservas de ley determinadas, por las cuales el legislador puede regular y afectar el ejercicio de dichos derechos; cabe examinar, entonces, si el precepto aludido se encuentra comprendido en dichas habilitaciones o, por el contrario, está fuera de ellas, de lo cual derivará su constitucionalidad o inconstitucionalidad” (Considerando décimo de la sentencia del TC, Rol N° 1.243, de 30 de diciembre de 2008).

de que una norma de carácter reglamentario pretendiere regular, limitar o privar a alguien de su propiedad, o de sus atributos o facultades esenciales, el acto administrativo será inconstitucional por vulnerar la reserva legal dispuesta en dicha norma. De este modo, la privación o amenaza de privación del derecho podrá ser objeto del ejercicio de la acción de protección dispuesta en el artículo 20 CPR.

Por su parte, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma de rango legal que fije el régimen jurídico para la adquisición del dominio, como del ejercicio de sus facultades de uso, goce y disposición, dependerán de si tal regulación afecta o no la esencia del derecho de propiedad, en los términos previstos en el artículo 19, número 26 CPR. Así también, la constitucionalidad de la ley que limite o prive a un particular de su dominio, o de sus atributos o facultades esenciales, dependerá del cumplimiento de los requisitos sustanciales previstos por el propio constituyente en la órbita del reconocimiento de la función social de la propiedad o de la expropiación, según corresponda. En caso de incumplimiento, y no correspondiendo el ejercicio de la acción de protección en contra del legislador, sólo cabrá la impugnación vía acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en los términos previstos en el artículo 93, números 6 y 7 CPR.

A diferencia del “recurso de protección”, esta acción de inaplicabilidad no puede dirigirse en contra los actos de la Administración o de terceras personas que “afecten la esencia de los derechos constitucionales”, sino sólo contra el legislador, cuando se haya escapado de la órbita de su mandato constitucional. El TC ha señalado así ciertos límites, que tendría el legislador, en la regulación de las garantías constitucionales, resolviendo que *“si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean –las mismas restricciones– proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando por ende tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes”*⁹³

⁹³ Considerando trigésimo cuarto de la sentencia del TC, Rol N° 1.260, de 7 de mayo de 2009. Sobre el particular, también *vid.* también sentencias Roles N°s. 541, 1.046 y 1.061.

Interesante resulta la perspectiva de NOGUEIRA ALCALÁ (2005, p. XX) quien, al hacer una lectura más acuciosa del artículo 19, número 26 CPR, señala que el mandato constitucional al legislador para regular o complementar las garantías constitucionales no puede interpretarse como una autorización para dirigir la acción regulatoria del legislador sobre los “derechos constitucionales” sin “afectar su esencia”, sino más bien como un encargo directo de la CPR al legislador para que este último regule las “garantías constitucionales”, sin afectar los derechos que de ellas nacen, pues dichos derechos constituirían, a juicio del autor, los núcleos esenciales intangibles.

En síntesis, la disposición constitucional del artículo 19, número 26 CPR, tiene una verdadera aplicación práctica como mandato al legislador. Siguiendo a Sacco Aquino (2006, p. 497), entendemos que la disposición constitucional en estudio, que constituye una norma de intangibilidad, no es meramente programática, sino que tiene aplicación directa, al menos, en tres aspectos:

- i) como un mandato que el constituyente otorga al legislador prohibiéndole violar el núcleo de los derechos que la Constitución reconoce;
- ii) como herramienta de control de constitucionalidad de las leyes, tanto *a priori* como *a posteriori*, y
- iii) como norma básica de interpretación de la ley, debiendo inclinarse el intérprete hacia el respeto de la esencia de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO II

MARCO JURÍDICO-LEGAL PARA LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS AGUAS CORRIENTES

Ya identificadas las cuestiones principales que surgen en la regulación de las aguas, podemos colegir que el constituyente chileno omite la calificación jurídica de las aguas corrientes. Y lo ha hecho de manera consciente a efectos de dejar en manos del legislador su determinación. Por ello, el objetivo general del presente Capítulo es sentar las bases sobre las cuales se articula la regulación legal chilena, en especial en lo que concierne al tratamiento del *aqua profluens*.

El ordenamiento jurídico chileno califica las aguas corrientes como bienes nacionales de uso público. En este Capítulo pretendemos explicar qué implica dicha connotación. No perderemos de vista la polifuncionalidad de las aguas. Ella nos obligará a distinguir, en lo que a la publicación se refiere, las actividades extractivas de las no extractivas del recurso.

Para efectos de circunscribir su marco regulatorio, debemos justificar las razones que tuvo el legislador para apartar las aguas de la esfera jurídico-privada, para luego someter su aprovechamiento extractivo a la lógica del mercado. Para ello será necesario analizar el régimen jurídico de los bienes nacionales de uso público. Y lo haremos enfrentando el Derecho chileno al comparado, a la luz de la historia de la configuración del demanio en Chile.

De esta manera, el estudio del demanio en el ordenamiento jurídico chileno, se articulará, en *prima facie*, sobre la base de la prescindencia del elemento subjetivo o ausencia de titularidad pública por parte de la

Administración. A partir de dicha constatación, el estudio de los elementos teleológico y normativo de la publicación necesariamente deberá tener un cariz distinto que el planteado en la doctrina tradicional. De este modo, la finalidad de la *publicatio* no está limitada por un supuesto respeto a la titularidad pública, del mismo modo que la inalienabilidad del bien público sólo implicará una protección a su consideración de *res extra commercium*.

Así, llegaremos a la conclusión de que como la afectación constituye la piedra angular del demanio en el Derecho chileno, cualquier fórmula de uso que se cree (privativa o no privativa) deberá siempre ajustarse, ya en clave constitucional, al interés general que ha justificado la publicación. Ello traerá como ineludible consecuencia que de configurarse un sistema concesional para extraer las aguas, el contenido del derecho que nazca estará atado a los designios de la *publicatio*, de lo que derivará su consecuente amplitud, extensión, duración y limitaciones. Lo único relevante será su completo ajuste con la finalidad que justificó la publicación.

§1. RÉGIMEN LEGAL DE LAS AGUAS CORRIENTES VIGENTE EN CHILE COMO PARTE DE LA CATEGORÍA DE LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO

Para comprender el tratamiento que el legislador chileno otorga al *aqua profluens*, debemos partir de la idea de que, al menos en Chile, el punto neurálgico del tratamiento normativo de las aguas arranca de su consideración como bienes públicos, también denominados “bienes nacionales de uso público” por parte del ordenamiento jurídico chileno.

Debemos indicar que el texto original del CC ofrecía una distinción en la titularidad de las aguas terrestres, pudiendo estar sometidas a un régimen de dominio público o privado dependiendo de las características de las aguas en concreto. Así, si bien la regla general era que todos los ríos y aguas que corrían por cauces naturales eran bienes nacionales de uso público, excepcionalmente estaban sujetas a dominio privado aquellas vertientes que nacían y morían en una misma heredad, perteneciendo al dueño del predio correspondiente (artículo 595 CC). Por su parte, formaban parte del dominio público los grandes lagos que pudiesen navegarse por buques de más de cien toneladas, dejando los lagos menores, en consecuencia, sujetos a las reglas del dominio privado, atribuido a los propietarios riberaños (artículo 596

CC)⁹⁴ También quedaban sujetas al régimen privado las aguas que fueren conducidas por cauces artificiales construidos a expensa ajena, perteneciendo a quien hubiese construido el cauce sujeto a los requisitos legales (artículo 837 CC), “regla que pretendía proveer incentivos para el desarrollo privado del riego al reconocer derechos a las aguas una vez que se habían desviado de los ríos” (BAUER, 2002, p. 64). Finalmente, las aguas lluvias quedaban sujetas al eventual aprovechamiento que de ellas pudiese hacer el dueño de una heredad, mientras pasasen por un camino público, pudiendo incluso torcer su curso para servirse de ellas (artículo 838 CC).⁹⁵

Ahora bien, el régimen jurídico de las aguas privadas no quedaba absolutamente claro para la doctrina de la época, surgiendo un primer debate sobre si, dada la naturaleza corriente de las aguas que fluyen por los ríos, eran susceptibles de verdadera propiedad (LIRA/DE LA MAZA, 1940, p. 17) o de un mero derecho de aprovechamiento (LAZO, 1930, pp. 3-43). En cualquier caso, esta calificación escapa de nuestro centro de atención porque en uno y otro supuesto quedaban sujetas al régimen general de los bienes contemplado en la legislación civil.

Respecto a las aguas públicas, en el Código Civil se revelaba, como lo hace también respecto a los demás bienes nacionales de uso público, una mera finalidad de clasificar las aguas a efectos de someterlas o no al régimen de propiedad privada y comerciabilidad contemplado en el mismo cuerpo legal. La clasificación no pretendía, en consecuencia, configurar el régimen jurídico que se asignaba a los bienes que no podían formar parte del dominio privado, salvo la indicación de que su uso correspondía a todos los habitantes de la nación y que, ya referidos a los cursos de aguas, su

⁹⁴ Para ALDUNATE, 1904, pp. 97-98, la referencia a los lagos, menores o mayores, contenida en el Código Civil debe entenderse a toda forma de aguas detenidas, incluyendo lagunas, pantanos, ciénagas, vegas, etc. Este criterio fue suscrito por el artículo 6º del Código de Aguas de 1951.

⁹⁵ Agréguese las aguas subterráneas que no reciben tratamiento en el Código Civil salvo a efectos de permitir cavar pozos en terreno propio, aunque de ello resulte menoscabo de otros pozos, pero si de ello no se reportare utilidad alguna, o no pueda compararse con el perjuicio ajeno, puede ser obligado a cegarlos (artículo 945 CC). De esta regla, la doctrina mayoritaria concluyó que estas aguas eran susceptibles de dominio privado, asignándose al propietario del predio de donde salían a la luz (LIRA/DE LA MAZA, 1940, p. 37), salvo que se tratase de aguas procedentes de los trabajos subterráneos de las minas, que, conforme al artículo 85 del Código de Minería de 1932 (vigente a la época), correspondían a la propia mina.

aprovechamiento se sujetaba a la previa obtención de una merced (artículo 860 CC) o a la ostentación de la calidad de propietario ribereño (artículo 834 CC). El régimen público que correspondía a cada bien nacional de uso público, escapaba así del interés del legislador civil, pero ello no implicaba que sus reglas no concedieran idea alguna (si bien, bastante incompleta) de las razones de la publicación.

Sin embargo, cabe señalar que actualmente todas las aguas (corrientes, hemos de agregar) son tratadas como bienes nacionales de uso público, tanto en el artículo 595 CC como en el artículo 5° CA, mediante una redacción de similar tenor: “*Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código*”. El tenor universal del artículo 595 CC vigente (“*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público*”) fue fruto de la modificación de la Ley N° 16.640, de 1967, promulgada en el marco del proceso de reforma agraria. Sin embargo, debemos señalar que la amplitud del enunciado de la citada disposición no es la que aparece de su tenor literal. No es posible que todas las aguas sean “bienes nacionales de uso público” porque ello derivaría que incluso las aguas, una vez extraídas, seguirían estando afectadas a fines de interés general, o, aún más, a la posibilidad de uso común por parte de todos los habitantes de la nación, o a su utilización privativa obtenida mediante un procedimiento concesional. Lo cierto es que la citada disposición, aunque no lo indique expresamente, debe seguir entendiéndose en referencia al *aqua profluens* (el agua no extraída), porque sólo es ésta la que admite un uso público. La razón de ser de su amplia formulación se debe al ímpetu de la época, que derogó toda referencia a ríos y lagos privados, y, en consecuencia, a aguas corrientes privadas, sujetas a un uso extractivo o no extractivo asignado únicamente al propietario ribereño.

En cualquier caso, la caracterización de las aguas corrientes como bienes nacionales de uso público nos otorga el punto de partida de este análisis, en cuanto hace aplicable todas las conclusiones a las que arribaremos en el epígrafe siguiente. Lo anterior, especialmente en términos de negar la existencia de un elemento subjetivo (o propiedad de las entidades públicas), poniendo el foco de atención en su elemento teleológico o finalidad de la publicación. Iluminado por este último, la regulación aplicable supondrá, en primer término, su destierro de la lógica jurídico-privada, y, luego, la

necesidad de crear alguna fórmula de aprovechamiento por parte de los administrados.

La polifuncionalidad de las aguas nos obliga a hacer una distinción previa, por cuanto las finalidades previstas por el legislador para la publicación de las aguas necesariamente se desdoblán en los regímenes jurídicos de las actividades extractivas y no extractivas. Evidencia de lo anterior se encuentra en las formas de aprovechamiento particular que se concede para unas y otras actividades, siguiendo, en un caso, la lógica del acceso abierto (*open access*) y, en el otro, un modelo de acceso restringido mediante la creación de un sistema concesional.

En la actualidad, las facultades de uso privativo de las aguas conforme a sistemas de acceso abierto sólo se manifiestan para las actividades no extractivas, que incluyen, entre otras, su uso para fines de transporte, recreacionales, o turísticos⁹⁶ Conforme a éste, todos los administrados pueden aprovechar los beneficios que reporta el uso de las aguas, sin que existan fórmulas particulares de exclusión. Entonces, para estos efectos, la principal finalidad de la publicación de las aguas no puede ser sino la seguridad otorgada por parte del ordenamiento jurídico de que aquéllas estarán disponibles a todos los administrados, a quienes se les concede su uso común y general.

Desde el punto de vista jurídico, bien puede concluirse que esta finalidad sólo puede lograrse mediante la técnica de la publicación, por cuanto lo

⁹⁶ Por motivos medioambientales, evidentemente el sistema de uso abierto no estará disponible para fines de descarga de residuos industriales. Sobre el particular, puede consultarse La Ley N° 3.133, de 7 de septiembre de 1916, sobre neutralización de los residuos provenientes de establecimientos industriales, cuyo artículo 1° contiene la regla fundamental de tal regulación al disponer que “*Los establecimientos industriales, sean mineros, metalúrgicos, fabriles o de cualquiera otra especie, no podrán vaciar en los acueductos, cauces artificiales o naturales, que conduzcan aguas o en vertientes, lagos, lagunas o depósitos de agua, los residuos líquidos de su funcionamiento, que contengan substancias nocivas a la bebida o al riego, sin previa neutralización o depuración de tales residuos por medio de un sistema adecuado y permanente. En ningún caso se podrá arrojar a dichos cauces o depósitos de agua las materias sólidas que puedan provenir de esos establecimientos ni las semillas perjudiciales a la agricultura*” El sistema previsto para tales fines, agrega el artículo 3° de la misma ley, es de autorizaciones otorgadas por parte del Presidente de la República, en que se verifique la eficiencia del sistema de depuración y neutralización.

que precisamente se desea es evitar la constitución de cualquier suerte de propiedad (u otra clase de herramienta legal que cumpla igual finalidad de exclusión) sobre las aguas, que termine por generar barreras legales para el acceso común y general al recurso. Ahora bien, desde el punto de vista económico, este alejamiento de las aguas de la lógica del Derecho privado tendrá como principal consecuencia la ausencia de mecanismos de exclusión, de lo que derivará que las aguas corrientes tendrán carácter de recursos comunes. Su tragedia estará servida, a menos que se establezcan medidas que eviten su sobreutilización.

Ahora bien, con respecto a las actividades extractivas, el modelo propuesto por el ordenamiento jurídico chileno en vigor es radicalmente diverso por cuanto se basa en la creación de un sistema de acceso restringido al recurso. De este modo, los administrados sólo pueden aprovechar los beneficios del agua para sus actividades extractivas cumpliendo los filtros establecidos por el ordenamiento, que, en la actualidad, se basan únicamente en la conformación de un sistema concesional. Este modelo, hemos señalado, admite la creación de un derecho público subjetivo susceptible de adecuación a los fines de la publicación, admitiendo el más amplio abanico de posibilidades. No obstante, y ya referidos a la regulación vigente, se ha optado por la conformación de un derecho abstracto, autónomo, definido sólo en relación a su cuantía, protegido y de contenido patrimonial. De tal suerte, veremos, la finalidad de la publicación estará principalmente referida a la asignación eficiente del recurso, para lo cual el ordenamiento ha echado mano a un sistema de mercado referido, en grandes rasgos, al Derecho privado.

Aunque sólo en el Capítulo siguiente nos referiremos particularmente a la configuración de esta clase de derechos público subjetivos, bien vale la pena resolver las razones que puede tener el legislador para utilizar la técnica de la publicación, alejando las aguas de la lógica del Derecho privado, para después someter su aprovechamiento extractivo, esencialmente, a la misma área del ordenamiento, basada en el fortalecimiento de la propiedad privada y en la libre circulación de los bienes. Esta decisión legislativa merece, a nuestro juicio, ciertas aclaraciones previas.

En primer término, el ordenamiento jurídico chileno utiliza la técnica de la publicación respecto a todas las aguas corrientes (artículos 5° CA y 595 CC), pero no respecto a los derechos públicos subjetivos que suponen la

conformación de un sistema concesional. Tales derechos no se encuentran publicados (no habría razón para hacerlo), de manera que no parece haber incongruencia en sujetarlos a la lógica del Derecho privado, reconociendo su contenido esencialmente patrimonial. Efectivamente existiría una inconsistencia en la publicación de un bien con la configuración de un mercado como método de asignación. En el Derecho chileno, a diferencia del español, tal incompatibilidad no se produce en razón de tratarse de bienes sujetos al dominio de la Administración pública, sino precisamente porque los bienes públicos son inapropiables, de tal suerte que, no pudiendo existir derechos de propiedad sobre ellos, difícilmente puede conformarse un mercado. Por ello es acertada la conclusión de MENÉNDEZ REXACH (1996, p. 142), al señalar que:

“El significado genuino del dominio público como ausencia de propiedad o, con más precisión, insusceptibilidad de apropiación privada, excluye la existencia de un mercado, al menos, entendiendo este término en su acepción tradicional y más extendida, como ámbito en el que impera la libertad de empresa y en que los agentes deciden en ejercicio de la autonomía de su voluntad”

Sin embargo, nos parece que esta idea sólo puede excluir la existencia de un “mercado de aguas”, pero no necesariamente la de un “mercado de derechos de aprovechamiento de aguas”, que es lo que efectivamente se propone.⁹⁷

De este modo, si bien tal derecho subjetivo está sometido a las reglas del Derecho público, esta rama del ordenamiento jurídico bien puede reconducirlo a las reglas del Derecho privado a efectos de reglar tal contenido patrimonial, especialmente en lo que se refiere a su régimen de propiedad (artículo 6° CA) como a su transferibilidad (artículo 21 CA). Pero ello no es connatural a la configuración de cualquier derecho público subjetivo, como se aprecia de la evolución normativa del Derecho de aguas en Chile (especialmente en el régimen previsto en el contexto de la reforma agraria por parte de la Ley N° 16.640), sino sólo en cuanto la principal motivación de la publicación se refiera a la asignación eficiente del recurso. De ser así,

⁹⁷ Así concluye también SEGURA (1996, p. 322), aunque para el Derecho español, señalando que “Siendo los recursos hídricos en España un bien de dominio público –elemento básico y tradicional en nuestra legislación hídrica–, nuestro eventual y nuevo mercado del agua no negociaría propiamente con el recurso agua sino el derecho a aprovechar dicho recurso”

el legislador chileno de la década de los ochenta descubre que tal eficiencia no puede ser lograda mediante un sistema centralizado de asignación (pre-establecida por el legislador o la Administración), sino en referencia al mercado. Y, a tales efectos, no crea una nueva normativa que regule las reglas básicas de tal mercado, sino que sólo lo refiere a las reglas jurídico-privadas que se basan precisamente en su existencia para la circulación de los bienes.

En segundo lugar, la distinción entre estas dos dimensiones regulatorias (aguas corrientes y derechos de aprovechamiento) nos permite diferenciar las consecuencias del camino alternativo de no utilizar la técnica de la publicación de las aguas, sometiéndolas igualmente a la regulación jurídica-privada y, en consecuencia, a su asignación por medio del mercado. Cabe advertir, preliminarmente, que la ausencia de la *publicatio* también implicaría que no podría lograrse la finalidad de uso común y general de las aguas para los usos no extractivos. De este modo, bien puede señalarse que, en ciertos sectores, pueden ponerse en riesgo, incluso, la libertad ambulatoria de los administrados. Luego, la reseñada dificultad en identificar unidades de agua aún dentro de la fuente de abastecimiento (*facility*) dificulta también su posibilidad de transferencia. La indeterminación (o, más bien, su carácter meramente determinable) jurídicamente también impediría la constitución de derechos de propiedad sobre ellas porque, como todo derecho real, requerirá de la identificación específica de su objeto. De este modo, nuevamente la ausencia de un derecho de propiedad sobre las aguas impedirá la existencia de un “mercado de aguas”. La única alternativa sobre este particular, aunque sujeta a ciertas interferencias por la existencia del principio de unidad de la corriente, podría estar dada por la privatización de las fuentes de abastecimiento (ríos, lagos, entre otros), como continente que incluye las unidades de aguas que conforman su contenido. Pero, sabemos que la Ley N° 16.640, de 1967, erradicó esta alternativa al publicar todos los ríos y lagos existentes en el territorio nacional.

En estos sentidos, el sistema concesional permite la creación de un nuevo bien de carácter definido e identificable, que, por una parte, admite la configuración de un derecho de propiedad (titularidad) sobre él mismo, y, por otra, no se trata de un bien publicado, sino que sólo se ejerce sobre un bien público. Este último elemento, entonces, no restringirá teóricamente la existencia de un mercado como mecanismo de reasignación, sino sólo en

tanto las razones de su publicación sean incompatibles con él. Así ocurre, por ejemplo, en el Derecho español, sujeto a un régimen de asignación centralizado, en que la autoridad administrativa (teniendo en cuenta tanto criterios de eficiencia como de equidad) distribuye el recurso hídrico conforme a criterios pre-establecidos, sólo recurrirá al mercado como mecanismo de reasignación de manera muy residual y extremadamente reglada. En cambio, si la razón misma de la publicación, al menos en relación a las actividades extractivas, se refiere a la búsqueda de su asignación eficiente, la existencia de un mercado será tan connatural como necesaria para el cumplimiento de tal finalidad.

§2. RÉGIMEN LEGAL DE LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO

A) Planteamiento preliminar de nuestra teoría: la categoría de los bienes públicos centrada en la finalidad de la publicatio

Con excepción de los artículos 5° CA y 595 CC, el ordenamiento jurídico chileno no contiene otras menciones que nos permitan calificar jurídicamente las aguas corrientes. Por tal motivo, todo cuanto se refiera a ellas obligatoriamente nos conduce a la descripción normativa del género al que, conforme a las citadas disposiciones, pertenece.

Ya hemos señalado que la referencia constitucional a los bienes nacionales de uso público se plantea de modo excepcional, casi como una “anti-garantía”, en el sentido que el constituyente ha decidido poner ciertas trabas para que el legislador privilegie siempre la caracterización de toda suerte de bienes como susceptibles de propiedad privada. En consecuencia, el tenor de la norma constitucional contenida en el artículo 19, número 23 CPR no nos da suficientes indicios para su construcción como categoría, salvo en lo que se refiere a su inapropiabilidad (y, en consecuencia, a su in comerciabilidad) y a su necesaria justificación en la satisfacción de un interés nacional que no logra ser resuelto mediante la lógica general del orden público económico.

En consecuencia, la conceptualización de los bienes nacionales de uso público se encuentra en disposiciones de rango legal. A este respecto, el artículo 589 CC dispone que “*Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.// Si además su uso pertenece a todos*

los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos". Profundizaremos en esta noción a la luz de los elementos doctrinales que se han elaborado para explicar su conformación, aunque cabe advertir que esta explicación se ha desarrollado históricamente a partir de ideas que se han "apropiado" de una cierta noción privatista, hasta evolucionar a una construcción puramente pública.

Actualmente, la doctrina europea (aunque quizás sea mejor referirnos específicamente a la doctrina española, al menos a partir de BALLBÉ, 1945, *passim*) ha encontrado un cierto consenso en construir el concepto de dominio público sobre cuatro bases (subjetiva, objetiva, teleológica y normativa) a efectos de estructurar los elementos fundamentales que se dan en la relación de la Administración con una cierta clase de bienes. El elemento *subjetivo* pretende resolver el problema de su titularidad; el *objetivo*, los bienes sobre los cuales puede recaer; el *teleológico*, la finalidad buscada por medio de la afectación; y el *normativo*, referido al régimen jurídico-público al que se encuentran sujetos⁹⁸ Esta construcción ha tenido alguna trascendencia para la doctrina chilena en la elaboración de una teoría general del dominio público (MONTT, 2002, pp. 135-191), aun cuando no creemos se ajuste completamente a la normativa jurídica chilena.

Pero cabe advertir que, en la mayor parte de los Derechos continentales, la conformación doctrinal del demanio se ha estructurado principalmente desde la idea del dominio de las Administraciones Públicas de determinados bienes (elemento subjetivo) para la consecución de sus funciones públicas (elemento teleológico), sin descartar los otros dos elementos. En otras palabras, para estos sistemas, el elemento subjetivo es el aspecto central sobre el cual se estructuran los demás. A diferencia de lo anterior, creemos

⁹⁸ Por ello, antes de entrar en el análisis de los bienes públicos, conviene señalar que nos parece que la explicación propuesta a partir de BALLBÉ se sigue ciñendo a una estructura esencialmente civilista, cuya base se encuentra en la dualidad del elemento subjetivo y objetivo, casi a modo de sujeto/objeto de derechos que constituye el núcleo del Derecho civil patrimonial. Así, tal estructura parece más bien explicar la lógica de los bienes privados, aunque quizás con alguna variación en su elemento teleológico, sin comprender que la clave de la distinción se encuentra en que los bienes públicos son esencialmente cosas a las que no se le aplican las reglas del Derecho civil patrimonial, sujetándose a un razonamiento y, por tanto, a un régimen jurídico necesariamente diverso. Y dada tal diversidad es que no nos parece necesario subsumir a los bienes públicos en categorías que, en esencia, no le pertenecen.

que el sistema dogmático-jurídico chileno prescinde del vínculo dominical del Estado y se conforma sobre la base de una finalidad, que, dado el mandato constitucional, debe estar basada en la satisfacción de un interés general, y cuya regulación constituye un régimen exorbitante al Derecho común a efectos de cumplir con tal cometido. De este modo, estimamos prudente dar cuenta de los elementos centrales que deben tenerse en cuenta en la construcción del concepto de dominio público a efectos de ubicar en su núcleo, no la titularidad de tales bienes (elemento inexistente en su configuración), sino en su afectación al cumplimiento de ciertos intereses generales, entendiendo que para ello es indispensable acudir a la técnica de la publicación.

El primer antecedente relativo a la configuración de los bienes públicos, incluso tomando en cuenta sus datos históricos, es la existencia de un régimen jurídico exorbitante al Derecho común. Tanto es así que, hoy en día, la legislación civil vigente tiene por principal objeto excluirlos de su regulación, bajo la técnica de tratarlos como un *res extra commercium*. Su in comerciabilidad implica, entonces, que todo el sistema civil relativo a los bienes les resulta inaplicable, por cuanto carecerían del requisito esencial de la apropiabilidad, médula del Derecho civil patrimonial.

A partir de este dato debemos entender que el ordenamiento jurídico extirpa a los bienes públicos del Derecho común en tanto entiende que su sometimiento a las reglas del Derecho privado no satisfaría las exigencias del bien común, de lo que resulta necesaria la creación de un régimen jurídico completamente especial. Concretamente, la falta de apropiabilidad implica que los bienes públicos carecen de dueño, es decir, que no puede configurarse un elemento subjetivo o titularidad a su respecto. Y tampoco la necesitan, porque el ordenamiento jurídico pretende la consecución del bien común precisamente eliminando el acceso a la propiedad y creando formas de aprovechamiento que se sujetan a una regulación completamente diversa. En suma, lo que el legislador precisamente pretende con la creación de este régimen especial es desterrar de su núcleo la noción de propiedad.

De esta forma, seguiremos el estudio de los bienes nacionales de uso público confrontando el Derecho comparado y la perspectiva histórica a la actual configuración del demanio en el ordenamiento jurídico chileno, poniendo especial atención en los siguientes aspectos: en primer lugar, el elemento subjetivo, de donde concluiremos la ausencia de una titularidad

pública sobre este tipo de bienes; en segundo lugar, el elemento teleológico, de donde extraeremos la consideración del interés general como sustrato de la publicación; y, en tercer lugar, la nota de inalienabilidad de los bienes públicos, en la que, dada la ausencia de titularidad, sólo cabría considerarla en Chile como una protección a su consideración de *res extra commercium*.

Cabe advertir, en consecuencia, que en el presente epígrafe no pretendemos intentar una monografía del dominio público en el Derecho chileno, sino dar cuenta de aquellos aspectos que consideramos esenciales para las explicaciones que seguirán. Así, el siguiente análisis pretende demostrar cómo esa finalidad, o, en otras palabras, esos intereses generales, pueden experimentar variaciones a través del tiempo, de tal suerte de admitir diferentes construcciones jurídicas que no necesariamente implican la desafectación del bien, sino variaciones del elemento normativo para la consecución de nuevos objetivos. En el caso de las aguas, tal conclusión nos parece inevitable, sobre todo si analizamos los diversos regímenes jurídicos admisibles y de los que el Derecho histórico ha dado cuenta.

B) Elementos para la definición de los bienes públicos en general: un contrapunto desde la conceptualización europea en vigor

Debemos observar que el pensamiento que trasunta la legislación chilena se centra en la tradición hispánica (aún permeada de los conceptos del Derecho romano) y de los postulados de la doctrina tradicional nacida en los albores de la Revolución Francesa, más que en la forma en que ella se fue trasladando a los textos normativos europeos, principalmente franceses y españoles. Por ello, no debemos caer en la trampa de emplear (sin discriminación) la doctrina comparada para justificar la regulación chilena. Sin perjuicio de lo anterior, aunque sólo de una manera pedagógica, recurriremos al método utilizado por la doctrina extranjera para efectos de desentrañar el contenido del demanio conforme a la legislación chilena.

A este respecto, es conveniente indicar que los desajustes con los conceptos doctrinales europeos a nuestro juicio surgen de la evidencia que mientras éstos se centran en la titularidad de los bienes por parte de las Administraciones públicas (como elemento subjetivo), el Derecho chileno niega valor a este aspecto, confiriendo una noción política de pertenencia nacional (la “*nación toda*”), focalizándose en su uso a favor de todos los habitantes en razón de su destinación al cumplimiento de un interés general. A partir de

esta diferencia fundamental, son dos los elementos adicionales que creemos pertinente destacar a efectos de configurar luego el régimen jurídico de las aguas en el Derecho chileno. Por una parte, las razones de la publicación (el elemento *teleológico*) desprovisto de toda relación con la titularidad de las entidades públicas, no se justifica únicamente en el cumplimiento de una cierta función administrativa, sino, de modo más amplio, en la satisfacción de un interés general que impide su apropiación privada. Por otra parte, el elemento *normativo*, en especial, la *inalienabilidad*, que se configura en los ordenamientos europeos bajo la fórmula de protección del dominio público, asegurando el cumplimiento de su finalidad y destino por parte de las Administraciones Públicas, limitando sus facultades de disposición, no parece ajustarse al planteamiento chileno, por cuanto no existe más vínculo que el tutelar entre la Administración y los bienes públicos.

Dada la trascendencia de estos planteamientos, los estudiaremos por separado en los epígrafes siguientes, para luego puntualizar la idea de afectación, como único pilar en el que se centra el Derecho chileno, del cual se extienden las ramas de los elementos normativos (a modo de determinar la forma específica en que se cumplirán las finalidades previstas para la publicación) y objetivo (a fin de determinar los bienes que deben formar parte de esta categoría para el cumplimiento de los objetivos de interés general).⁹⁹

1. Diferencias en razón de la titularidad de los bienes públicos: los bienes nacionales de uso público como bienes ausentes de propiedad

a) Perspectiva histórica y comparada

Históricamente, el elemento subjetivo surgió como el primer signo distintivo de los bienes públicos en la época moderna, en el sentido que se

⁹⁹ Con respecto al elemento objetivo del dominio público, la CPR guarda consciente silencio. De este modo, cualquier clase de bienes puede ser objeto de demanio, siempre que se cumpla con el elemento teleológico antes indicado. Se supera, de este modo, cualquier planteamiento doctrinal que, inicialmente, sólo le radicó en porciones de territorio, excluyendo los bienes de naturaleza mueble o incorporal (BALLBÉ, 1945, pp. 17-18). Estas limitaciones provenían de las ideas preliminares de BARTHELEMY, para quien los bienes públicos eran tales por su naturaleza, debiendo radicarse en "porciones del territorio afectadas al uso de todos", cuestión que parece aún fundada en la confusión entre los conceptos de soberanía y titularidad pública, pero no parecen tener mayor justificación técnica una vez que aquéllos han sido diferenciados.

entendía por tales todos aquellos que estaban atribuidos a un sujeto público (GARRIDO FALLA, 1988, p. 350)¹⁰⁰. Pero esta atribución, que en doctrina era entregada a la nación, como colectividad soberana que vino a reemplazar a la Corona del *Ancien Regime*, posteriormente se traducirá en ciertos textos legales en la incardinación en una entidad pública, principalmente el Estado (o las Administraciones Públicas), casi a modo de responder la pregunta sobre a quiénes pertenecen estos bienes mediante la lógica de los derechos subjetivos y sujetos de derechos (tan típicamente civilista). Así aparece, como texto moderno paradigmático del siglo XIX, en el artículo 538 del Código Civil francés de 1804.

Nótese entonces que la tendencia comparada ha situado la titularidad pública en un ente público, o, en otras palabras, en la Administración, a modo de enunciar que no existe, ni puede existir, propiedad privada sobre el bien (BALLBÉ, 1945, pp. 9-16; MAYER, 1951, p. 132). Cuestión que, como argumenta FERNÁNDEZ DE VELASCO (1942, p. 115), si bien no parece claramente enunciada en el artículo 339 del Código Civil español, se ha deducido del tenor de su artículo 340, al disponer que “*Todos los demás bienes pertenecientes al Estado en que no concurren las circunstancias expresadas en el artículo anterior, tienen el carácter de propiedad privada*”

Aunque no siempre fue de este modo, si atendemos el tenor de la Ley francesa de 22 de noviembre –1 de diciembre de 1790–, que asignó a la nación los bienes que antes correspondían a la Corona¹⁰¹. De ahí la denominación inicial de “bienes nacionales”, tendencia que bien respondía a la noción romana que concedía la titularidad de los bienes públicos al pueblo, al *Populum Romanus*, calificándolos especialmente por su nota del destino

¹⁰⁰ De hecho, CLIMENT, 1979, pp. 22-27, da cuenta cómo la doctrina española, a diferencia de la francesa, originalmente no centró el concepto de dominio público en la afectación (FERNÁNDEZ DE VELASCO, BALLBÉ, GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS), sino hasta los trabajos de GARRIDO FALLA y GARCÍA DE ENTERRÍA.

¹⁰¹ El artículo 1º de la citada ley disponía que “*Le domaine national proprement dit s'entend de toutes les propriétés foncières et de tout les droits réels ou mixtes qui appartiennent à la nation, soit qu'elle ait seulement le droit d'y rentrer par voie de rachat, droit de révision ou autrement*”. Sobre este punto, DÉNOYER, 1969, p. 14, cita una norma anterior, de 8 de noviembre de 1790, por medio de la cual se asigna a la nación, en calidad de soberano, el dominio sobre todo el territorio que ocupa, asegurando que ciertos bienes –por su naturaleza o destinación– no puedan pertenecer a los particulares.

a un uso público, a efectos de distinguirlos de las *res fisci* y de las *res omnia communis* (GARCÍA-TREVIJANO, 1959, p. 12).

Esta idea tuvo una particular evolución en los ordenamientos medievales¹⁰², entendiendo al monarca como verdadero heredero del *Populus Romanus*, justificando la adquisición de títulos reales (regalías) para la conservación de la *pax publica*¹⁰³ PAREJO (1983, p. 2389) califica esta cuestión indicando que “Lo que en Derecho romano tenía una naturaleza predominantemente objetiva (el régimen exorbitante de los bienes por su uso y destino) sufre un profundo y definitivo proceso de subjetivización”

El soberano pasa a ser poseedor de los bienes públicos, al tiempo que el uso que se le concede a los particulares no es sino resultado de un permiso del primero. Pero no hay un consenso absoluto en que la posesión de los bienes públicos de la Corona haya sido a título de propiedad, asimilable a la propiedad, privada, en tanto Loyseau basa el concepto del dominio público en la idea del uso común (el *usus publicus*), en el que el monarca sólo tiene un derecho de superintendencia (RIGAUD, 1914, pp. 179 y 180).¹⁰⁴

Posteriormente, la cesión del dominio de la Corona a la nación respondía al afán revolucionario y a las ideas liberales que conferían soberanía al pueblo, y así se plasmó en la citada ley francesa de 1790. Pero esta construcción original será variada para conferir a esta “nación” una estructura formal, jurídica y subjetivizada, a través de la figura del “Estado” que, desde el punto de vista del dominio público, se traduce en que el codificador civil

¹⁰² E incluso, como señala GARCÍA-TREVIJANO (1959, p. 13), a partir del Bajo Imperio Romano, en que los Emperadores se atribuyeron la titularidad de los *res publicae* a objeto de obtener ingresos.

¹⁰³ Cercanías y distancias que deben ser tomadas con cierta precaución, porque, como admite VERGARA BLANCO, 1990a, p. 136, no parece adecuado “para explicar el ayer pretender aplicar categorías doctrinales modernas y viceversa, pues el acervo de conocimientos antiguos no conoció, por ejemplo, conceptos jurídicos modernos como las potestades administrativas y sus límites a través del principio de legalidad administrativa, o de los derechos públicos subjetivos, etc.”

¹⁰⁴ Como prueba de ello, añade el mismo autor (RIGAUD, 1914, p. 185), la teoría que sólo ve en el dominio público una manifestación del derecho de soberanía y custodia debe comprobar que la Administración no tiene un verdadero derecho de propiedad. Y lo hace precisamente demostrando la ausencia de las facultades propias del dominio, como son el uso, el goce y la disposición.

francés hace girar el concepto en torno a su elemento subjetivo, su titularidad (GARCÍA-TREVIJANO, 1959, p. 14). Las razones de esta modificación, a juicio de RIGAUD (1914, p. 182), responden a la búsqueda de una mayor conformidad con el estilo administrativista del Consulado y el Imperio, aun cuando no existiera una profunda mutación en el sentido que se le quiere dar al nuevo concepto.

La noción de “dominio nacional” impuesta por la ley francesa de 1790 se desdibuja en la noción general de dominio público del Código Civil francés, precisamente en el capítulo de la clasificación de los bienes según las personas que las posean. Y esa titularidad pública será necesariamente excepcional, dado que la codificación está teñida de los afanes liberales individualistas, que pone énfasis en la propiedad privada, de manera que los bienes públicos, expresión de intereses colectivos, sólo podrán constituir una categoría menor. La propiedad, como eje central del Derecho civil de los bienes, se configura como un derecho libre, ajeno a ataduras, y, en consecuencia, a una destinación o finalidad específica.

Sin embargo, la tendencia estatificadora es la que termina por predominar, de manera que la mejor doctrina europea califica el demanio público como una propiedad administrativa, de tal suerte que si la Administración pierde titularidad, se pierde el carácter público del bien¹⁰⁵ Como resume SAINZ MORENO (1999, p. 488):

“El Derecho vigente configura el dominio público como una propiedad atribuida a un sujeto público con personalidad jurídica. No existe en este sentido un dominio público de la nación, ni de la colectividad, ni del pueblo, etc., entendidos estos conceptos en su sentido sociológico o político, sino que todo dominio público está atribuido a una Administración pública personificada”

Pero la doctrina europea, particularmente la española, no desalojan la afectación del núcleo del dominio público, sino que lo conjugan con la titularidad, principalmente como afectación a las potestades del ente público titular. Así, el texto puramente subjetivista de la codificación francesa alguna

105 Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, 1971, p. 64. En este mismo sentido, VERGARA BLANCO, 1990a, pp. 142 y ss., comprueba como el régimen español de los bienes públicos, y especialmente la doctrina española, ha estado notablemente influenciada por la concepción patrimonialista francesa del dominio público.

mutación sufre en su recepción en la codificación española, que agrega la referencia expresa a su destino, a efectos de distinguir el régimen de los bienes públicos de los bienes patrimoniales (privados) de la Administración (artículo 339 del Código Civil español). Esfuerzo éste que, en el Derecho francés, debió afrontar la doctrina, especialmente a partir de la obra de Proudhon (1835, *passim*) a efectos de construir sus regímenes jurídicos.

b) Derecho chileno

Respecto al elemento subjetivo, ya hemos señalado como el texto constitucional radica la “titularidad” de estos bienes en la nación. De igual modo ocurre con el concepto de “bienes nacionales de uso público” ofrecido por la codificación civil, en tanto el artículo 589 CC dispone: “*Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. // Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos*”¹⁰⁶

La lectura de este precepto da cuenta como las referencias del Derecho chileno se ciñen tanto a la influencia romanista y medieval como a lo estrictamente planteado por la doctrina tradicional de fines del siglo XVIII, en el sentido que la “titularidad” de los bienes es entregada a la nación, concepto político, escasamente jurídico, que nos aparta de muchas de las divagaciones ofrecidas por la doctrina comparada. Las raíces del concepto ofrecido por el citado artículo 589 CC son difíciles de desentrañar, por la ausencia de antecedentes legislativos que ofrezcan una definición acabada de los bienes públicos.

Pero, en primer lugar, podemos citar el propio Tratado de Derecho Internacional de BELLO (1981, p. 50), al afirmar que:

“Los bienes de la nación son de varias especies. Los unos pertenecen a los individuos o comunidades particulares (como ciudades, monasterios, gremios) y se llaman “particulares”, los otros a la comunidad entera y se llaman “públicos”
Dividanse estos últimos en los “bienes comunes de la nación”, cuyo uso es

106 Obsérvese que el Código Civil francés (1804), si bien hacía referencia al dominio público en sus artículos 538 a 541, no ofrecía un concepto que delimitara su contenido.

indistintamente de todos los individuos de ella, como son las calles, plazas ríos, lagos, canales, y “bienes de la corona o de la república, los cuales, o están destinados a diferentes objetos de servicio público, verbigracia, las fortificaciones y arsenales, o pueden consistir, como los bienes de los particulares, en tierras, casas, haciendas, bosques, minas, que se adquieren por cuenta del Estado; en muebles, en derechos y acciones”

También podemos citar a ESCRICHE (1838, pp. 74 y 75), anotado por Bello en esta materia, quien definía los “bienes públicos” como “Los que en cuanto a la propiedad pertenecen a un pueblo o nación, y en cuanto al uso a todos los individuos del distrito (...)”. Lo relevante, a nuestro juicio, es que la descripción dada por Escriche a los citados bienes se corresponde cabalmente a los términos esbozados en la legislación española, remontable incluso a las Partidas, especialmente al tratar de los ríos y riberas. No hay, en definitiva, caracterización alguna que pueda conformarse con los criterios advenedizos con la Revolución Francesa, salvo, con bastante imaginación, la referencia expresa al concepto de nación, pero jamás a las ideas estatistas propias de la codificación francesa y su posterior conceptualización a partir de fines del siglo XIX. Aún más, en otra de sus obras, el propio ESCRICHE (1840, pp. 55 y 56) caracteriza los bienes públicos como aquellos que, conjuntamente con las cosas comunes, las universitarias y concejiles, no están dentro de “nuestro patrimonio”, sin hacer referencia alguna a un eventual elemento subjetivo, y, reiterando la definición antes entregada en su Diccionario, cita como fuente especialmente la Ley VI, título 28 de la Tercera Partida¹⁰⁷. Aun así, no debe olvidarse la pretensión de subjetivización de los bienes públicos que se produce en la Edad Media en razón del concepto genérico de regalías, como “derechos atribuidos en forma exclusiva al Rey, esto es, facultades inherentes a la potestad real, establecidas para asegurar los intereses comunes del reino” (MONTT, 2002, p. 88).

Pero bien es posible admitir que las ideas propuestas por el codificador chileno tienen raíces más profundas, incluso reconocible en la clasificación de los bienes ofrecida por CELSO en tiempos del Derecho romano, distinguiendo entre *res publicae*, las *res usui destinae (quae non in peculia populi, sed in publico usu habeantur, res quae publico usui destinatae sunt)*, y

¹⁰⁷ Ley que disponía que “Los ríos, e los puertos, e los caminos públicos pertenescen a todos los omes comunalmente; en tal manera qu también pueden vsar dellos los que son de otra tierra estraña, como los que moran e biuen en aquella tierra, do son”

las *res in pecunia o in patrimonio populi*¹⁰⁸. Así, como agrega GAYO en las Institutas (II, 11), los bienes públicos son considerados como bienes pertenecientes a nadie en particular, sino que son reputados como pertenecientes a la comunidad. Bienes que, en definitiva, se entienden pertenecer al *Populus Romanus*, no como persona jurídica, sino como una “comunidad organizada de ciudadanos romanos” (MONTT, 2002, p. 51). El centro de atención del dominio público en el Derecho romano, nos señala FERNÁNDEZ DE VELASCO (1942, p. 119), no es subjetivo, sino objetivo, de destino o fin.

¿Hemos de entender, entonces, que el Código Civil chileno se ciñe en esta materia a la interpretación que la doctrina europea dio en el curso del siglo XIX a los bienes públicos, especialmente en lo que se refiere a su titularidad? Nos parece que existen ciertos argumentos que nos alejan de tal conclusión, y que, en esta materia, hay una preferencia por parte del legislador chileno a las fuentes clásicas (CLARO SOLAR, 1979, Vol. III, p. 175) y, a lo sumo, a su traducción precodificadora en Francia, aun cuando de ésta sólo se haya tomado el concepto de “bienes nacionales” porque, como explica FERNÁNDEZ DE VELASCO (1942, p. 123):

“en Francia se pierde casi por completo la teoría romana de las cosas públicas, que se confunden ya con el patrimonio del rey, ya con el patrimonio de la Corona, el cual, con la revolución, se convierte en dominio nacional”

Tales argumentos pueden ser resumidos del siguiente modo:

a) La legislación chilena se ha planteado de modo diferente, quizás más acabado, que el propuesto por el *Code Civil*. Conforme a éste, en una técnica replicada en el Código Civil español¹⁰⁹, la categoría de los bienes públicos se encuentra bajo la rúbrica del Libro II, Capítulo III, denominada “*Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent*”, y carece de cualquier conceptualización del dominio público, bastándose con la refe-

¹⁰⁸ Estas últimas que, a partir del Principado, pasan a considerarse *res in patrimonio fisci* o *res fiscales*.

¹⁰⁹ El Capítulo III del Libro II del Código Civil español, que trata del dominio público, se denomina “*De los bienes según las personas a que pertenecen*” Como señala FERNÁNDEZ DE VELASCO, 1942, p. 120, “Resumiendo: su destino o fin caracteriza a estos bienes, y en razón del mismo se atribuyen al Estado; y, por lo tanto, resumiendo otra vez, la clasificación del Código, sobre inexacta, no se halla en la tradición del Derecho español”

rencia a los bienes “que no pertenecen a los particulares” (artículo 537) y el listado ejemplificador, cuyo punto común estará dado por tratarse de cosas no susceptibles de propiedad privada, contenido en los artículos 538 a 540.¹¹⁰

Por ello fue la doctrina, encabezada por Proudhon, quien hizo los esfuerzos antes citados para distinguir el dominio público de los bienes patrimoniales del Estado, distinción que parece más evidente en el Código Civil chileno porque: *i*) sitúa la regulación de los bienes públicos en un título independiente (el Título III, del Libro II, denominado “*Bienes Nacionales*”), sin relacionarlo al elemento subjetivo de la “pertenencia” como lo hacen los modelos francés y español; *ii*) al definir los bienes públicos, lo hace atendiendo a su destinación al uso público (artículo 589 CC); y *iii*) al tratar los bienes que carecen de dueño, se refiere a éstos como bienes estatales y no como bienes públicos (artículo 590 CC), como lo hacía el artículo 539 del *Code Civil* original.

b) MONTT (2002, p. 233) señala que una de las fuentes anotadas por Bello en esta materia es la obra de DELVINCOURT (1825, p. 306), quien expresa que “*Les biens nationaux sont ceux qui appartiennent à l'État*” Idea ésta que bien podría entenderse que nos acerca a una titularidad pública en los mismos términos que los previstos en el Derecho francés codificado.

Sin embargo, estimamos que, pese a esta alusión, no hay una verdadera coincidencia entre el pensamiento de Bello y de Delvincourt en esta materia. A mayor abundamiento, el criterio de distinción empleado por el autor francés entre los bienes que denominaríamos públicos y fiscales no se refiere a su utilización pública (del *populus*), como advierte Bello en el artículo 589 CC antes citado (ALESSANDRI/SOMARRIVA/VODANOVIC, 1998, p. 102), sino sólo en que los bienes públicos se califican como aquéllos “*qu'ils ne peuvent, sans changer de nature, cesser d'en faire partie...*” (DELVINCOURT, 1825, p. 306), haciendo referencia a su inalienabilidad.

¹¹⁰ Modelo que se perfecciona en el Código Civil español que, junto a la ejemplificación contenida en el artículo 339, calificados conforme a su destinación al uso público, agrega “*los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue concesión*”

c) Bien podrá notarse, sin embargo, que las referencias patrimoniales no se encuentran absolutamente desechadas en nuestra legislación. En este sentido, el artículo 589 CC se inicia disponiendo que “*Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda*”

El criterio dominical introduce, a todas luces, un elemento distractor. Evidentemente Bello no puede haber asumido una titularidad propiamente dominical a quien no puede tener el carácter de sujeto de derechos, pero creemos que esta confusión puede disiparse en cierto modo si tomamos en cuenta, por una parte, los antecedentes de la Ley VI de las Partidas (que se refiere a la *pertenencia* de los bienes a todos los hombres) e, incluso, de la Ley francesa de 1790 que sí consideró tal posibilidad.

Respecto a las Partidas, CLAVERO (1958, p. 26) nos señala que:

“puede apreciarse suficientemente la existencia de un dominio público, no perteneciente ni al Rey ni al patrimonio de la Corona, en el que revive la extracomercialidad de las cosas públicas romanas. Ni el Rey ni el Reino podían enajenar estas cosas porque no tenían su titularidad, ni mucho menos los particulares, por cuanto estos bienes no figuraban entre las cosas que se pueden ganar y perder, según la Ley II del Título XVIII de la Partida III”

La falta de titularidad real e individual de estos bienes públicos se satisface, para los fines que se pretende (extracomerciabilidad y uso público) en la designación de una pertenencia colectiva, general a todos los hombres, aunque la fórmula tiene un escaso valor para la satisfacción de la idea de “dominio” en los términos de las codificaciones decimonónicas.

A mayor abundamiento, GARCÍA-TREVIJANO (1959, p. 13), aun a pesar de la confusión que implica la introducción de un elemento subjetivo como el que implican las regalías, las facultades dominicales del monarca no pueden ser comprendidas desde la perspectiva actual, y que “La idea del destino a un uso público continúa siendo fundamental durante la época absolutista (...)”

Por su parte, la ley francesa de 1790 configura los bienes públicos bajo la fórmula de “bienes nacionales”, en la que la nación es “dueña” de esta clase de bienes, y, en tanto colectividad, se le conceden todas las facultades y atributos del dominio, del mismo modo que respecto a la propiedad indivi-

dual. Justificación esta que se adapta de mejor modo a las ideas civilistas de los bienes públicos que, conforme a la estructura de la regulación concedida a los bienes, requiere de titularidad a efectos de no caer en la categoría de los *res nullius*¹¹¹ Entonces, en lugar de disponer que tales bienes “son de nadie”, prefiere decirse que éstos “son de todos”

Pero bien puede sostenerse que, a pesar de la referencia del artículo 589 CC al “dominio” sobre los bienes nacionales, el concepto no gira precisamente en torno a esta idea. El “dominio” atribuido a la nación no puede tener los mismos efectos que el dominio atribuido a los particulares bajo la fórmula del artículo 582, conforme al cual “*El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno*”

d) Existe una evidente vinculación del tratamiento legal de los bienes públicos, bastante original y desvinculado del antecedente del Código Civil francés, con la tradición romana e hispánica de esta figura (ALESSANDRI/SOMARRIVA/VODANOVIC, 1998, p. 102).

De este modo, sí aparece una cierta distinción entre los *ager publicus*, como bienes inmuebles que son asignados en propiedad a los entes públicos (artículo 590 CC), y las *res publicae*, que, conforme señala PAREJO (1983, p. 2388), “aludían primariamente a un régimen jurídico resultante de la necesidad de resolver un conflicto de intereses, centrado en la utilización común de cosas inconstruible sobre la técnica de la servidumbre. El pragmatismo romano llevó, para la adecuada resolución de aquel conflicto, a la exclusión de los bienes del tráfico jurídico ordinario privado, confiando la protección

¹¹¹ SANTAMARÍA PASTOR, 2004, pp. 95-96 (nota al pie N° 66), señala que “Esta concepción, ciertamente, se halla en pugna con un valor implícito en todas las sociedades avanzadas, que sienten un profundo *horror vacui* ante los bienes carentes de titularidad. En contraste con lo que sucedía en las sociedades anteriores al movimiento constitucionalista y liberal, las culturas contemporáneas conciben el estado de *res nullius* como una situación anormal y transitoria, esencialmente inestable y volcada a su desaparición mediante unos mecanismos de apropiación que se potencian al máximo (*ocupatio* o atribución regaliana al Estado). Pero este impulso instintivo a la extinción de los espacios vacíos, carentes de una titularidad dominical, no es más que un prejuicio; no hay ninguna *Natur der Sache* que fuerce a que todos los bienes han de tener por necesidad un propietario; antes bien, hay múltiples bienes de los que es altamente conveniente extraer del ámbito del derecho de propiedad, sea de quien sea”

del uso del bien a la autoridad pública; si bien a excitación privada a través del instrumento interdictal” Esta utilización colectiva, como se deduce de la propia definición del artículo 589 CC, constituye el núcleo del concepto del dominio público chileno.

Como concluye el mismo PAREJO (1983, p. 2388), “La fórmula así hallada no prejuzga sobre la propiedad pública de los bienes, significa únicamente que en ella este elemento no es determinante”

Así también se advierte la reminiscencia del Derecho hispánico medieval, caracterizado principalmente por las Partidas, aunque en el Derecho medieval la técnica de la publicación se haya confundido, a partir del concepto regaliano, con la idea de la subjetivización. Las *res publicae* no son sólo bienes destinados a un uso público, sino esencialmente bienes pertenecientes a la Corona¹¹² La relación entre ésta y los bienes es aun difícilmente caracterizable bajo los términos del dominio o propiedad, pero el símil es bastante utilizado sobre todo para efectos de su posibilidad de enajenación por parte del Monarca. Así, aunque la distinción con los bienes particulares del Príncipe se refiera precisamente a su destinación, el elemento subjetivo hará un fuerte acto de presencia que, probablemente, es el que justifique el hecho que la superación de la Monarquía y la llegada de la República hagan replicar el modelo de dominio a favor de la “nación”, como nuevo y exclusivo soberano.

Estas ideas nos liberan, por de pronto, de todo intento de discriminación entre los bienes estatales, a modo de concluir una cierta dualidad entre los bienes de dominio público y los bienes sujetos a una propiedad privada estatal (GARRIDO FALLA, 1988, p. 352), en tanto estas categorías resultan absolutamente ajenas al ordenamiento chileno¹¹³, como también, según veremos, de la necesidad de hacer renacer el denominado principio de

¹¹² Afirmación que, como constata MONTT, 2002, pp. 90-94, ha sido objeto de debate, principalmente entre quienes trasladan los bienes públicos al patrimonio real, y quienes sostienen una división de los mismos sobre ideas propias del Derecho romano.

¹¹³ De hecho, estos intentos de discriminación entre dominio público y dominio privado del Estado puede rastrearse a la obra de PROUDHON, 1835, *passim*, discriminando conceptos que parecían haberse unificado a la luz del Código Civil francés. Obra que, como intenta comprobar MONTT, 2002, p. 231, fue probablemente desconocida por Andrés Bello al tiempo de preparar la codificación civil chilena.

inalienabilidad que había caracterizado a esta clase de bienes en tiempos del *Ancien Regime*.

Producto de las revoluciones liberales, el concepto de nación vino a sustituir el que correspondía anteriormente a la Corona (GALLEGO ANABITARTE, 1986, p. 48)¹¹⁴, pero manteniendo en su lenguaje la peligrosa noción de propiedad. Y decimos “peligrosa” porque la idea de propiedad tiene sentido al hablar de la relación entre un particular con un cierto bien (privado), conforme a la ordenación civil (títulos, modos, propiedad, posesión), pero difícilmente es aplicable, a lo menos, en masa, al concepto de “dominio público”, que responde a una estructura completamente diferente. De ahí que la denominada “infiltración” del Derecho privado en esta materia sea del todo criticable (VERGARA BLANCO, 1999, pp. 78 y 79).

Adviértase que difícilmente se podrá hablar de una relación de propiedad entre la nación y una determinada clase de bienes si el supuesto titular no está cubierto de alguna suerte de manto que le conceda personalidad jurídica. Y, tómesese en cuenta también, que el concepto empleado por el legislador, precisamente por su carga política, parece implícitamente acercar la titularidad conferida a la noción de soberanía. La remisión a estos conceptos políticos fue bastante poderosa en el siglo XIX e inicios del siglo XX (principalmente de la mano de las ideas de Loyseau y Domat), en la que el derecho del Estado sobre los bienes no era de propiedad sino sólo de policía, custodia y superintendencia (RIGAUD, 1914, p. 176). Pero quedó superada mediante la configuración dogmática del concepto de “propiedad pública” (COLOM PIAZUELO, 2006, p. 40). Pero, aun así, se oscurecen los términos que, en Derecho comparado, han permitido la concepción del dominio público como una forma especial de propiedad (opinión común, a juicio de GARRIDO FALLA, 1988, p. 357), en tanto en el Derecho chileno los bienes públicos no son “asignados” propiamente a un sujeto de derechos.

¹¹⁴ Vid. GARRIDO FALLA, 1988, p. 350, al explicar que la conceptualización del dominio público al alero el *ancien regime* no distinguía plenamente el régimen de los bienes que pertenecían al dominio privado de la Corona de aquellos que pertenecían a la categoría de los bienes públicos. En Francia, ambos se caracterizaban por la nota de la inalienabilidad (a partir de las Ordenanzas de Moulin de 1566). En el Derecho español, anota CLAVERO, 1958, pp. 27-29, la distinción aparece claramente establecida en las Partidas (Leyes II, III y IV), de modo tal que la inalienabilidad se justificaba en relación con los bienes de la Corona, en tanto el monarca no podía disponer de ellos a lo menos en los términos de la Ley pactada entre Juan II y las Cortes de Valladolid en 1442, al tiempo que tampoco pueden hacerlo los particulares por tratarse de bienes *extra commercium*.

De ahí que, en esencia, nos parezca artificial cualquier intento de patrimonializar los bienes públicos al explicar la “titularidad” asignada a la nación, siguiendo las ideas que, en su tiempo, fueron impulsadas por HAURIUO para explicar la relación del Estado con los bienes públicos. El referido autor concluía (1900, p. 609) que:

“dans la réalité des choses les deux masses de biens appartiennent, non plus à la couronne, bien entendu, même non plus à la nation, ni au public, mais aux diverses personnes administratives, soit pour les mettre à la disposition du public, soit pour les affecter à leurs services publics, soit pour en tirer des revenus (...)”

En consecuencia, el aspecto subjetivo de los bienes públicos no parece querer resolverse en el Derecho chileno en iguales términos que en el Derecho comparado. No hay referencia alguna a una suerte de dominio estatal, ni a alguna forma específica de entidad administrativa (como ocurre en el artículo 339 del Código Civil español)¹¹⁵ Sobre lo primero, hemos de añadir que, respecto a esta clase de bienes, difícilmente podrá pensarse que su titularidad corresponde al Estado, ni aun sujetándose a la valoración política de esta noción, como tampoco al Fisco, ya dotado aquél de una cierta personalidad¹¹⁶ Ello, en contraposición a un muy discutible artículo 19, número 24 CPR, que dispone que *“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas (...)”* y por el hecho que el propio constituyente ha discriminado los conceptos de Estado y nación (artículos 6º y 7º CPR) (VERGARA BLANCO, 2001, pp. 373-375)¹¹⁷

¹¹⁵ *Vid.*, entre otros, GARRIDO FALLA, 1988, pp. 358-359.

¹¹⁶ El propio TC ha declarado, siguiendo en ello los textos legales aplicables, la pertenencia de los bienes nacionales de uso público a la nación, sin alusión alguna a una titularidad pública radicada en la Administración (considerando sexto de la Sentencia del TC Nº 245 y 246 (acumulados), de 2 diciembre 1996, y considerando decimocuarto de la Sentencia del TC Nº 1.141, de 17 de marzo de 2009).

¹¹⁷ Considérese también que, a contar de la CPR de 1980 se elimina el concepto de “reserva estatal” que había consagrado en el texto constitucional de 1925, a partir de la reforma de la Ley Nº 16.615, de 20 de enero de 1967 (*“Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de los recursos naturales, de los bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país...”*), y, luego, en el Acta Constitucional Nº 3 contenida en el Decreto Ley Nº 1.552, de 13 de septiembre de 1976 (*“La ley, en casos calificados y cuando así lo exija el interés nacional, puede reservar al Estado determinados bienes que carecen de dueño y, también, limitar o establecer requisitos para la adquisición de algunos bienes...”*).

Como señala MORILLO-VELARDE (1992, pp. 114-115), aunque plenamente aplicable para el Derecho chileno:

“(...) la titularidad de todo el dominio público corresponde a la nación, como único ente soberano, como realidad prejurídica y, desde luego, pretécnica. Por eso no se trata de una titularidad dominical, pues la propiedad es un producto del Derecho, al igual que lo es el dominio público. Ambas son técnicas jurídicas con un contexto preciso y una finalidad propia, por lo que todo intento de mezcolanza no es otra cosa que una arenga a la confusión”

Pero la discusión sobre si existe o no una “titularidad nacional”, o, si bien, los bienes públicos constituyen *res nullius*, bien puede desviarnos demasiado de nuestro foco de atención, sobre todo si se considera que se ha tratado históricamente del mayor problema al que se ha enfrentado la doctrina a este respecto. Por ello, por ahora baste por indicar que la lógica constitucional, y luego, también la legal, parecen satisfacerse con la exclusión de una cierta clase de bienes de la propiedad privada (y, en consecuencia, su extracción del tráfico privado), pero sin mayor preocupación en quién (entendiendo por “quién”, necesariamente a un ente dotado de personalidad) se deposita su titularidad. Su específico tratamiento administrativo, parece pensarse, escapa de su interés original.

Sin embargo, y sin perjuicio de las expresiones utilizadas tanto por el CC como por la CPR, una parte de la doctrina chilena se niega a atisbar la posibilidad de un “dominio nacional”, en el sentido de “no estatal”¹¹⁸. De tal suerte, aún a pesar de que la “titularidad” se haga recaer única y exclusivamente en la nación, se prefiere advertir que se trata éste de un concepto superado, incluso, de una noción romántica (MONTT, 2002, p. 139), a efectos de concluir que, en realidad, la titularidad se ha asignado igualmente (incluso en propiedad) a entes administrativos, como personas jurídicas de Derecho público.

Se justifica esta posición en dos suertes de argumentos: por una parte, en el carácter político (no jurídico) del concepto nación, que le privaría de utilidad técnica; y, por la otra, en una razón histórica, expresada por GALLEGO ANABITARTE (1986, pp. 347 y 348), por la cual:

¹¹⁸ Entre otros, CLARO SOLAR, 1979, Vol. III, p. 170; CONEJEROS, 2001, p. 9; y MONTT, 2002, pp. 212-213.

“(…) el Estado sólo podía tener una titularidad jurídico-privada como propietario sobre sus bienes, es decir, sobre el patrimonio privado del Estado, justamente un tipo de relación jurídica que se descartaba para los bienes de uso público. El Estado era una personalidad gobernante o era una persona jurídico-privada, titular de derechos y deberes. En realidad la titularidad de la nación sobre los bienes de dominio público significaba la atribución al Estado como personalidad gobernante de dichos bienes. El término nación sustituía al Estado como personalidad gobernante para dejar más claro todavía que dichos bienes no se atribuían al Estado, puesto que éste sólo podría tener sobre ellos una relación jurídico-privada de propietario. El concepto nación servía para hacer más rotunda esta diferencia entre el dominio público y el patrimonio privado del Estado”

Estos argumentos, si bien pueden ser plausibles en ordenamientos comparados, creemos no atribuibles al sistema chileno, por los motivos que pasamos a expresar:

Respecto al carácter eminentemente político del concepto “nación”, nos parece ésta una afirmación difícil de rebatir. Sin embargo, considérese que la noción de Estado comparte igual característica, a menos que, a los efectos que nos interesa, queramos hacerla recaer en el Fisco, como conformación jurídico-patrimonial del mismo a efectos de poder actuar en la vida jurídica. Sin embargo, esta configuración patrimonialista del Estado nos parece útil sólo en cuanto se desee sostener una justificación patrimonialista, como la propuesta por la doctrina a partir de Hauriou, del dominio público. Más allá de ello, no nos parece que la mutación de la nación al Estado, como persona jurídica, tenga mayor relevancia. A mayor abundamiento, GARCÍA-TREVIJANO (1959, p. 14) expresaba que:

“El advenimiento del constitucionalismo transfiere la titularidad de todos los bienes del Reino a la nación, concepto éste que representa la máxima aspiración de las ideas liberales y que tendrá que ser sustituido por el concepto debidamente madurado de persona jurídica aplicada al Estado y es en este preciso momento cuando surgirá la polémica sobre el dominio público”

Movimiento este que, aunque pudo haber sido conocido por Bello dada su incardinación en la codificación civil francesa, es descartado para la construcción de un concepto desde las ideas expresadas por Escriche, empaquetadas de las ideas hispánicas pre-codificadas.

Por su parte, las afirmaciones de Gallego Anabitarte antes citadas nos parecen del todo atendibles en tanto se pretendan justificar los giros del Derecho español sobre esta materia, radicándose, hasta VILLAR PALASÍ, en la teoría patrimonialista antes señalada. La superación del dominio nacional y su paso al dominio estatal será necesario para superar la dicotomía planteada entre “nación” y “Estado”, a efectos de poder atribuir a este último una titularidad sustantiva sobre los bienes que conforman el dominio público. Ese esfuerzo parece, sin embargo, resultado de los esfuerzos civilistas por evitar que los bienes públicos sean considerados como *res nullius*, centrandó el foco de atención en su elemento subjetivo o titularidad¹¹⁹. Para ello, reflexiona el codificador francés (y, luego, el español) es indispensable la creación de una relación dominical, aun cuando luego sea matizada en razón de su afectación.

Pero estas explicaciones chocan frontalmente con la legislación chilena, que, salvo para el discutible caso de las minas (artículo 19, número 24 CPR y 591 CC), atribuye directamente a la nación la titularidad sobre los bienes nacionales de uso público. La impertinencia de la voz “dominio” en el artículo 589 CC, fruto de las infiltraciones civilistas, queda superado en la CPR, de tal suerte que la pertenencia de los bienes públicos a la nación no debe entenderse jamás como una propiedad formal, expresada en términos de un derecho real, sino como una fórmula de destinación de los bienes al uso público a modo de satisfacer un interés general.

En suma, el denominado “elemento subjetivo” planteado por la doctrina europea se desvanece en la ausencia de tal titularidad conforme al Derecho chileno, titularidad innecesaria para los fines que se persiguen, justificándose su régimen únicamente en su afectación. La insusceptibilidad de dominio privado de esta clase de bienes no requiere ser justificada por su titularidad pública, sino sólo por su destinación a una finalidad de interés público que no podría cumplirse haciendo uso de la propiedad privada, ni siquiera en la justificación de su función social. Todo lo anterior, como veremos más adelante, queda reforzado con la creación de un régimen especial exorbitante al Derecho privado justamente fundamentado en la abolición de la propiedad

¹¹⁹ Ello aun cuando SANTAMARÍA PASTOR, 2004, pp. 95 es de la opinión que la lógica interna de los bienes públicos “se explica mucho mejor concibiéndolos como integrados por auténticas *res nullius* insusceptibles de apropiación (no porque no puedan serlo, sino porque la ley lo prohíbe), respecto de los cuales la Administración no es un *dominus*, sino el ente titular de poderes de regulación y protección”

privada en la regulación de los bienes públicos. De esta forma, cualquier vínculo dominical que se pretenda establecer entre estos bienes y el Estado, no sólo carecería de los cimientos para estructurarse, sino que se erigiría en contra de las reglas jurídicas que gobiernan los bienes públicos.

Cabe agregar, finalmente, que las ideas de titularidad del Estado de los bienes públicos tienen buena cabida a partir de las teorías patrimonialistas de HAURIUO, pero totalmente desconocidas para el codificador chileno (1855), en que estaban en boga las ideas de Proudhon, que, como pasamos a expresar, calzan perfectamente con el sistema propuesto por el sistema chileno. Las referencias efectuadas en doctrina (especialmente, MONTT, 2002, pp. 212-213) a las ideas españolas nos parecen, al menos, arriesgadas, si se considera que su codificación, y el pensamiento que las inspira, es bastante posterior. Para PROUDHON (1835, p. 85):

“Le domaine public, matériellement considéré, s’entend donc des choses qui appartiennent à l’être moral et collectif que nous appelons le public, comme le domaine privé s’entend des choses qui appartiennent aux différents particuliers; mais, pour bien saisir la différence essentielle qui existe entre ces deux espèces, il faut pousser la comparaison plus loin”

Es de apreciar que, si bien el público aparece como titular de una cierta clase de bienes, para PROUDHON (1835, pp. 85-86) tal titularidad no puede reconducirse, aunque quizás sí simbólicamente, a la idea de “dominio” (como propiedad privada) por la ausencia de la nota de exclusividad que en éste impera.

Estos bienes, continúa, tampoco son de propiedad del Estado, quien sólo ejerce un papel de protección, para asegurar el aprovechamiento común de tales bienes. En tal sentido, este “dominio público” debe distinguirse del dominio estatal, que es aquel en que el Estado juega propiamente como un particular, y, como tal, requiere de una herramienta que le conceda exclusividad sobre otra determinada clase de bienes, para lo cual vuelve a acudir a la idea de propiedad (privada) (PROUDHON, 1835, p. 86)¹²⁰

¹²⁰ De ahí la crítica al artículo 539 del *Code Civil*, que radicaba los bienes carentes de dueño en el concepto de bien público, cuando —en realidad— deben ser parte del dominio estatal (PROUDHON, 1835, p. 87). Esta posición terminó por triunfar en la Ley N° 2004-809 de 13 de agosto de 2004, que modificó su tenor hasta hacerlos radicar en el concepto de “bienes del Estado”

Conjuntamente con las influencias hispanas precodificadas y los primeros textos franceses, se explica así la poca feliz alusión al dominio empleada por BELLO en el artículo 589 CC, dogmáticamente incorrecta, aun cuando se haga a modo de “*domaine de protection*” al que hace referencia Proudhon. En cualquier caso, la definición del CC no proviene de una conceptualización del citado autor francés, sino que es tomada de Joaquín Escriche, conforme a su Diccionario antes citado. En suma, este “dominio”, que no es propiamente dominio, sólo se justifica a fin de proteger la destinación pública del bien, a modo de satisfacción del interés general que ha motivado su publicación. Y como no se reconoce una titularidad sustantiva, que no parece necesaria para otorgar la señalada protección, el denominado “elemento subjetivo” no requiere formar parte del concepto de dominio público. Así lo ha sostenido también el TC, al considerar que “Estos bienes son entregados para administración, es decir, para su tuición, conservación y cuidado, a distintas autoridades, según estemos frente al dominio público marítimo, fluvial, terrestre, aéreo. Pero estas autoridades no pueden disponer de ellos; sólo pueden entregarlos en uso privativo a particulares mediante un título habilitante”.¹²¹

2. Diferencias en razón de la afectación de los bienes públicos

a) Perspectiva histórica y comparada

Ya nos advertía ARIÑO (1973, pp. 18 y 19) que el concepto de la afectación ha sido ciertamente estudiado por parte de la doctrina, pero únicamente desde la perspectiva de su vínculo con el elemento subjetivo, resultante de la titularidad pública (estatal) de los bienes. La razón, señala el mismo autor, se encuentra en la construcción inicial del Derecho administrativo sobre los pilares del Derecho privado, que requiere un esquema que supone un sujeto (en este caso, el Estado), un objeto (el bien en cuestión) y el derecho que posee el primero sobre el segundo, que, en el ámbito del dominio público, se vuelve a reconducir a la idea de propiedad.

Esta idea dista de ser la original al concepto del dominio público, como tampoco se corresponde con la tradición española previa al Código Civil¹²²

¹²¹ Considerando trigésimo segundo de la Sentencia del TC N° 1281, de 13 agosto 2009.

¹²² De hecho, la comisión redactora del Proyecto de la Ley de Aguas española (1866), señaló que “Al adoptar por primera vez estas clasificaciones de dominio, repetidas después

El punto central en la construcción del concepto de bien público, agrega FERNÁNDEZ DE VELASCO (1942, p. 119), se encontraba en el destino, y no en su titularidad, siendo indistinta la consideración de su pertenencia o no a un sujeto público, o, siquiera, a un verdadero sujeto de derechos. El origen de la construcción dominical que ha imperado en Europa en el curso de los dos siglos pasados puede rastrearse al plan del Código Civil francés, que varió la “titularidad” de la nación, reconocida en la Ley francesa de 1790, por la propiedad estatal, o, en otras palabras, del “*appartiennent à la Nation*” al “*appartiennent au domaine public*” al que hace referencia ARIÑO (1973, p. 43).

Esta interpretación no ha implicado el destierro del elemento teleológico, la finalidad de la publicación, en la construcción del concepto de “dominio público”, sino sólo que ésta sea leída condicionada y en función de dicha titularidad. La afectación de los bienes a una finalidad pública será el elemento que permita distinguir las esferas y regímenes jurídicos que corresponden a los bienes públicos y los bienes patrimoniales, en el entendido que ambos son de “propiedad” de la Administración (BALLBÉ, 1945, p.28, y GARRIDO FALLA, 1962, p. 310).

De tal suerte, la *publicatio* ha pasado a entenderse como una forma de dotación de medios para que una determinada entidad pueda dar cumplimiento a sus funciones públicas. Como expone García-Trevijano (1959, p. 12), el examen de la titularidad y de la afectación debe separarse, pero sólo en el entendido que se atiende al elemento estático y al elemento dinámico de un mismo instituto jurídico¹²³. O, como señala García de Enterría

Continuación nota ¹²²

con frecuencia, cree la Comisión necesario explicar la significación que se les da y el sentido en que las usa. Por dominio público de la Nación entiende el que a ésta compete sobre aquellas cosas cuyo uso es común por su propia naturaleza o por el objeto a que se hallan destinadas: tales son, por ejemplo, las playas, ríos, caminos, muelles y puertos públicos; su carácter principal es ser inalienable e imprescriptible. Y por dominio particular del Estado entiende el que a éste compete sobre aquellas cosas destinadas a su servicio, o sea, a la satisfacción de sus necesidades colectivas, y no al uso común, cosas de las que dispone como los particulares de las que constituyen su patrimonio; tales son, entre otras muchas, los montes, minas, arsenales, fortalezas y edificios militares

¹²³ Como agrega VERGARA BLANCO, 1990a, pp. 146-147, la afectación es –a partir de GARCÍA TREVIJANO– punto central y medular en la conceptualización del dominio público por parte de la doctrina española (Ariño Ortiz, Sala Arquer, Sánchez Blanco, Climent Barbera, entre otros). Pero bien habrá que observar que en todos ellos –con excepción, aunque parcial, de Ariño– el concepto se aleja bastante del que puede ser propugnado en el Derecho chileno,

(1954, p. 20), “esta afectación es precisamente a la utilidad pública que la Administración directamente representa o gestiona” O, finalmente, como resume Sainz Moreno (1999, p. 493), “el presupuesto de la afectación es la titularidad del bien a favor de una entidad pública”. ARIÑO (1973, p. 29) concluye, entonces, que:

“la idea del «destino de las cosas» volverá a jugar ciertamente y de modo fundamental, pero siempre como elemento *vinculado a la titularidad* para configurar dentro del conjunto de bienes que son propiedad del Estado a un grupo especial de ellos: el dominio público (...). Este planteamiento ha dado lugar a que el *sistema conceptual de la demanialidad (de la «publicatio» de las cosas) se haya basado sobre la piedra angular de la propiedad o titularidad del Estado y no sobre el destino de las cosas mismas*”

Entonces, el punto central en la constitución del dominio público (o su “médula”, como señala GARRIDO FALLA, 1962, p. 322) ha pasado a ser, a partir de Hauriou, la afectación de esta clase de bienes al ejercicio de una potestad pública, de modo que pueden ser definidos como “aquella parte del dominio constituida por las propiedades administrativas que están afectadas al uso de todos o bien al funcionamiento de un servicio público y que, por consecuencia, están sometidas a un régimen especial” (Bonnard)¹²⁴

De esta concepción resulta que la titularidad sin afectación deriva necesariamente en una propiedad privada del Estado, sujeta casi íntegramente al régimen jurídico de los bienes privados (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1954, pp. 20 y 21). Mientras, la afectación sin titularidad (pública) parece no tener cabida, al menos hasta las construcciones de ARIÑO y VILLAR PALASÍ¹²⁵ Pero bien cabe advertir que el planteamiento de Ariño se justifica a modo de crítica a la tradición europea a fin de dar cuenta de una cierta publicación de los bienes de titularidad privada, tomando prestadas las ideas de VILLAR PALASÍ (1968, pp. 32 y 33) que supone que el dominio público ha caído en la

Continuación nota ¹²³

especialmente por las razones que hemos anotado en referencia a su comprensión desde la idea de la titularidad pública.

¹²⁴ Téngase en cuenta, sin embargo, que este concepto debe ser depurado para su ajuste al ordenamiento jurídico chileno, a lo menos en cuanto a la radicación de su titularidad en la Administración.

¹²⁵ Nociones funcionalistas, en oposición a patrimonialistas, del dominio público que también podemos encontrar en GALLEGO ANABILARTE (1986) y PAREJO (1983), entre otros.

trampa de la codificación, sin descubrir que se trata más bien de una técnica puramente funcional que sirve de título de intervención administrativa.

b) Derecho chileno

A pesar de la coincidencia de MONTT (2002, pp. 156-159) con el criterio imperante en Francia y España, a estas alturas de la lectura se podrá adivinar nuestro rechazo a esta interpretación en la órbita del Derecho chileno. Como hemos visto en el epígrafe precedente, estimamos que éste prescinde de toda referencia al elemento subjetivo de la publicación, al menos del modo en que le entiende la doctrina europea posterior al Código Civil francés.

Por ello, pensamos que la interpretación del Derecho comparado no debe aplicarse sin más al Derecho chileno, atendiendo fundamentalmente a que, en primer lugar, en un sistema finalista, la titularidad de los bienes públicos no tiene cabida, por lo que no es preciso subordinar el elemento teleológico a un elemento subjetivo inexistente; y, en segundo lugar, que la lectura del elemento teleológico no debe efectuarse desde la lógica del binomio uso público/servicio público, sino desde el interés nacional, calificado constitucionalmente como justificativo indispensable de la publicación.

Como señaláramos en el epígrafe precedente, despojado de la idea de titularidad, la médula del dominio público se encontrará única y exclusivamente en su destinación, que, alejada de la idea de dotación para el ejercicio de la potestad pública a la que están llamados los entes administrativos, debe comportarse como la mera expresión de un interés colectivo o global. Como indica VERGARA BLANCO (1990a, pp. 138 y 139):

“en una concepción objetiva, por lo demás, no interesa el titular de los bienes (criterio erróneo propugnado, por ejemplo, por el propio Código Civil español, en su Capítulo III: “De los bienes, según las personas a que pertenecen”), sino la finalidad que cumplen: debe buscarse su *status* a partir de la afectación –mero instrumento– a una finalidad...”.

Ahora bien, se desprende del texto constitucional chileno una clara referencia al elemento finalista (o teleológico) de los bienes públicos, que se hace más patente en el inciso segundo del artículo 19, número 23 CPR. Así, toda publicación (o, incluso, toda limitación o requisito especial para la adquisición del dominio de una cierta clase de bienes) no debe disponerse

únicamente por ley, sino que también debe basarse en un “interés nacional” Como puntualizaremos más adelante, este “interés nacional” no debe redirigirse sin más a la cláusula de “uso público” que dispone el artículo 589 CC, sino a un aspecto más profundo, referido a la justificación de la afectación a tal fin público. La afectación, como bien señala CLIMENT (1979, p. 21), “significa la unión o vinculación de un objeto a una finalidad o destino”, cuestión que, en el ámbito que nos interesa, debe reconducirse a la destinación del bien al cumplimiento de un interés nacional, que justifica su exclusión del comercio y un determinado régimen especial, que configurará el elemento normativo de la publicación.

De esta manera, la vinculación entre el “interés nacional” y el “uso público” debe resolverse del siguiente modo: la publicación de un determinado bien debe justificarse en un “interés nacional”, mientras que el “uso público” (esto es, el uso de los administrados) se constituye como elemento subyacente a todos los bienes nacionales de uso público. Así, la forma específica en la que el uso de esta clase de bienes es otorgado a los administrados (abierta o restringida) dependerá del interés nacional que se desea satisfacer. Un ejemplo de lo anterior queda servido al apreciar el interés público que justifica la publicación de las aguas, al menos en lo que se refiere a sus aprovechamientos no extractivos. Bien puede señalarse que es de interés nacional que los cursos de aguas no se encuentren sujetos a técnicas de exclusión (especialmente, por medio de la constitución de derechos de propiedad), al menos para asegurar que todos los administrados puedan hacer uso de ellos en lo que respecta a sus necesidades de transporte, recreación, etc. Dicho interés nacional modulará la forma específica en la que se articula el “uso de los administrados”, sujetándola necesariamente a un sistema de acceso abierto (*open access*).

Los bienes públicos, agrega VERGARA BLANCO (2006, p. 233), “son más bien cosas destinadas a un determinado fin, al alcance pleno de los particulares, quienes podrán usarlos en forma común o exclusiva, según los casos, bajo la administración y gestión de los poderes públicos”. En este sentido, hemos de añadir que tal finalidad debe referirse al “interés nacional” que exige la norma constitucional, y que el “uso público” (o, como veremos, “uso para el público” o “uso para los administrados”) contenido en su definición civil no determina una específica forma de uso, que podrá ser o no excluyente, dependiendo de su naturaleza, pero, especialmente, del interés a ser satisfecho.

Pero esta enunciación debe ser matizada en el sentido de que la doctrina comparada ha identificado el interés general que justifica la publicación con su afectación a un uso o servicio público (BON, 1998, p. 311), lógica que también se encuentra presente de algún modo en la legislación española (artículo 339 del Código Civil español) y que es absorbida en la doctrina chilena, en cierto modo, por MONTT (2002, pp. 162-166). La omnipresencia del elemento subjetivo, esto es, de la titularidad administrativa de los bienes públicos provocará que, en el Derecho comparado, la afectación deba ser definida como “el destino de unos bienes de propiedad administrativa a un fin público” (CLAVERO, 1958, p. 35), al tiempo que la doctrina categoriza toda fórmula de fin público en la función administrativa que a su titular (la entidad pública en particular) se le haya asignado cumplir. Para la resolución de este asunto, BALLBÉ (1945, pp. 47-53) ha revisado la cuestión haciendo abstracción de los cuatro factores de demanialidad comprendidos en la codificación española (artículo 339 del Código Civil español): el uso público, el servicio público, el fomento de la riqueza y la defensa nacional, echando mano al concepto genérico de la “función administrativa”, concluyendo que “La función administrativa, en sus variadas modalidades, goza, pues, de la virtud de atribuir la condición de demaniales a los bienes que a su ejercicio se hallan afectos”

En cambio, como en el Derecho chileno, la única referencia legislativa a un factor demanialidad se encuentra en el “interés nacional”, el elemento teleológico debe comprenderse como la búsqueda de la satisfacción de una necesidad pública que no puede ser satisfecha por relaciones *inter privados*. No se pretende, entonces, que una determinada clase de bienes quede excluida del comercio humano únicamente porque por medio de ello se consigue que todos los nacionales puedan usar de aquéllos, sino porque, en el fondo, el legislador estima que la publicación constituye el medio más idóneo para la satisfacción de referido interés colectivo.

En suma, la *publicatio* es una técnica jurídica por medio de la cual el Estado se irroga ciertas potestades de intervención sobre una determinada clase de bienes a efectos de satisfacer necesidades colectivas, o, como señala JIMÉNEZ-BLANCO (1992, p. 531), “la calificación demanial de determinados bienes constituye un título de intervención administrativa en sectores completos de la vida económica”. De este modo, los bienes públicos “no están, en realidad, llamados a ser usados, gozados y dispuestos por el estado, sino que, esencialmente, ya sea en forma individual o colectiva, por los particu-

lares pero a través de las regulaciones impuestas por el estado” (VERGARA BLANCO, 1999, p. 78).

El TC ha delimitado los contornos del “interés nacional”, como justificante de la publicación, del siguiente modo: “Por eso, puede afirmarse que la *publicatio* implica un mecanismo de máxima distribución de un bien, pues excluye cualquier apropiación privada. De ahí que si el bien es entregado, por un título habilitante, a un particular, éste debe, como dice el artículo 24 de la Constitución (*sic*), a propósito de la actividad minera, “*desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento*”... El interés público de la reserva implica, entonces, de un lado, salvaguardar el bien; para ello, a pesar de que se entregue el uso privativo del bien, la administración conserva potestades para asegurar la titularidad pública; del otro, implica salvaguardar la función pública expresada en el uso eficiente del bien”¹²⁶

La técnica de la publicación debe resultar, en un régimen de economía de mercado (como el chileno), la mejor manera de obtención de tal finalidad general. En otras palabras, las necesidades colectivas bien pueden cubrirse por medio de técnicas privadas, y generalmente es ésta la vía empleada por el legislador, de modo que el ordenamiento sólo puede echar mano a la publicación cuando se justifique que es éste el mecanismo más adecuado para su satisfacción. Por ejemplo, difícilmente podrá negarse la existencia de un cierto interés general en la libre transferencia de toda clase de bienes (impidiendo una petrificación del dominio en manos particulares), pero este interés bien puede satisfacerse acudiendo a la lógica privada.

En un sistema de mercado, por tanto, la existencia de un interés público no será suficiente como para justificar la publicación de toda actividad económica, por cuanto el propio constituyente ha entendido que el mercado, por regla general, concede la forma más eficiente de asignación y reasignación de los recursos (artículo 19, número 21 CPR)¹²⁷. Por tanto, la existencia de un interés general no legitima por sí la necesidad de publicar.

¹²⁶ Considerando trigésimo cuarto de la Sentencia del TC N° 1281, de 13 agosto 2009.

¹²⁷ El primer inciso del artículo 19, número 21 CPR dispone que “*La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen*”

Es indispensable que la satisfacción del interés general no pueda obtenerse mediante las técnicas que ampara el orden público económico consagrado constitucionalmente, esto es, el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa. Así, sólo excepcionalmente y por defecto de las citadas herramientas privadas, podrá, justificándose en un interés general, admitir una intervención administrativa mediante la técnica de la publicación.

Ahora bien, las razones de la publicación deben manifestarse en el régimen que se le concede a esta clase de bienes, en especial, modulará la forma en que se lleve a cabo el “uso público” permitiendo a los particulares aprovecharlos o disfrutarlos de conformidad al interés nacional que justificó tal publicación. Ya nos señala VERGARA BLANCO (1990a, p. 140), que el error ha sido mirar el dominio público desde el punto de vista estatista, y no desde la perspectiva del individuo, del administrado, verificando sus derechos y libertades respecto a aquellos bienes que no pertenecen al Estado, sino al público, al *populus*, en definitiva, a todos. La forma en que los particulares acceden a tales bienes, sea mediante el ejercicio de su plena libertad individual, del permiso administrativo, o de la técnica concesional, y particularmente la extensión de los mismos, se justifica en razón del fundamento de política legislativa que ha llevado a la intervención administrativa (en forma de publicación) y será el primer dato, sino quizás el único, que nos permita conocer aquella justificación. Ya veremos como en el caso de las aguas, la necesidad de respetar su polifuncionalidad exige el establecimiento de formas de aprovechamiento que supongan, por una parte, un libre acceso para todo cuanto no implique su sustracción y, por la otra, el recurso al sistema concesional para el ejercicio de las actividades extractivas.

Este elemento, que forma parte del sustrato normativo de los bienes públicos, sólo queda indirectamente reflejado en la construcción constitucional del concepto. Aunque bien puede suponerse que, alejado del dominio particular, el bien quede sujeto a un régimen de Derecho público, exorbitante al Derecho común. Como señala BALLBÉ (1945, pp. 54-55):

“el dominio público, en efecto, no depende de ser una *res publicæ*, en el sentido de estar sujeta a la consecución de interés colectivo, como de ser *publici iuris*, de estar sometido al Derecho público (...)”

Pero es interesante dar cuenta como ya desde el Derecho romano la configuración de un régimen jurídico exorbitante se entiende enderezado a asegurar la satisfacción del destino al que se vincula la cosa (PAREJO, 1983, p. 2385), cuestión que, creemos, debe reformularse para los tiempos actuales hasta señalar que es este régimen especial el que nos señala el destino público del bien en cuestión. En otras palabras, la creación del régimen exorbitante al Derecho común implica que esta categoría especial de bienes se someterá a una normativa del todo independiente a la regulación civil. Contará con sus propias instituciones y principios y serán dichas reglas las que determinen la forma de aprovechamiento especial que los administrados tendrán en el uso y goce de dichos bienes. A partir de dicho estatuto podremos desprender la finalidad de la publicación de los bienes.

Ahora bien, debemos hacer algunas explicaciones previas a efectos de no confundir los límites de la publicación. Así, el régimen jurídico exorbitante al Derecho común se refiere a la normativa aplicable al recurso aguas, es decir, el destierro de un determinado bien (en este caso, el *aqua profluens*) de la normativa jurídico-privada para someterlo a un régimen jurídico-público. Las normas comprendidas en este régimen exorbitante y que regularán, por ello, la administración del bien público, serán eminentemente públicas, es decir, conformarán una esfera separada al Derecho común, con sus propios principios e instituciones.

Este primer plano, referido a la publicación de las aguas corrientes, debe distinguirse del plano de los derechos que se otorgan a los particulares para aprovechar las aguas, derechos que nacen *ex novo* en virtud de un procedimiento concesional. Si bien estos derechos, veremos, tienen una naturaleza eminentemente pública, no puede entenderse que éstos se encuentran “publicados”, bajo la idea de publicación antes señalada.

Los derechos de aprovechamiento de aguas, en consecuencia, nacen al amparo del Derecho público puesto que, por medio de ellos, el legislador pretende dar satisfacción al interés nacional que justificó la publicación de las aguas, modulando el “uso público” que es connatural a todos los bienes nacionales de uso público. En otras palabras, dado que este “uso público” adquiere su fisonomía y se hace tangible para los administrados en las distintas formas de acceso (amplias o restringidas), esas maneras de ser encuentran su *ratio* en los motivos de la publicación, es decir, en el interés nacional.

En consecuencia, el derecho de aprovechamiento se encuentra eminentemente regulado por la normativa pública, creada para satisfacer el interés nacional. El contenido público del derecho de aprovechamiento, entonces, nos permite diferenciarlo de derechos de contenido privado, como el de propiedad. En este último, la forma en que se lleva a cabo o no su ejercicio es indistinto para el ordenamiento, sujeto sólo a la no afectación de terceros ni infracción a la ley, porque su creación tiene por primera finalidad la satisfacción de intereses particulares. En cambio, el carácter público del derecho de aprovechamiento supone que su fisonomía ha quedado previamente determinada por el ordenamiento, precisamente porque se desea el cumplimiento de un interés general que, por su naturaleza e impacto, no podría ser definido por los particulares.

A nuestro juicio, esta conclusión permanece inmutable aun cuando el ordenamiento jurídico refiera ciertos aspectos del derecho de aprovechamiento a las reglas del Derecho común, como ocurre en el Derecho de aguas chileno en vigor (principalmente, en los artículos 6° y 21 CA). Estas referencias normativas tendrán sentido en cuanto, debemos anticipar, la finalidad actual de la publicación de las aguas (al menos para fines extractivos) está constituida por su asignación a sus usos de mayor valor. De este modo, el Derecho público reconoce que es el Derecho común el que de mejor manera articula esta posibilidad, sentando las bases jurídicas para la creación de mercados que permitan una asignación eficiente de los recursos. Admite, en otros términos, lo absurdo que sería crear un sistema legal paralelo al Derecho privado que pretenda igual resultado.

De este modo, hemos de concluir que la referencia al Derecho privado, en la conformación de los derechos de aprovechamiento de aguas, no es connatural ni a la publicación ni a un sistema concesional, sino sólo útil en la medida que la afectación la requiera. E, incluso en este caso, la reconducción no se refiere al contenido del derecho de aprovechamiento, cuestión que siempre tendrá un carácter público, sino sólo a los elementos necesarios para propender a su eficiente asignación, como es al derecho de propiedad que se asigna respecto al derecho de extracción (artículo 6° CA) y a su libre transferibilidad bajo los modelos privados (artículo 21 CA).

Lo anterior, como veremos más adelante, no siempre fue así. Con la Ley N° 16.640, de Reforma Agraria, toda la normativa que regulaba el derecho

de aprovechamiento sobre las aguas era pública, basada en un sistema de asignación y gestión centralizada del recurso. No se permitió, en consecuencia, la reasignación del derecho de aprovechamiento bajo la lógica del mercado, por lo que el legislador de la época no hizo ninguna referencia al Derecho común, ni en lo atinente a la propiedad de los particulares sobre tal derecho ni a la transferencia del mismo.

En atención a ello es que la norma constitucional del artículo 19 número 23 CPR deba complementarse con el artículo 598 CC, que dispone que *“El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus playas, en ríos y lagos y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen”*. Al parecer, esta disposición es sólo referencial a otras normas legales, sea del propio Código o de otros cuerpos normativos, pero alberga en su contenido una cierta idea que los bienes públicos y, en especial lo que se refiere a la forma específica en la que los particulares pueden usar y gozar de los mismos, queda sujeto a una reglamentación especial que escapa de la lógica de las reglas a las que se somete la generalidad de los bienes. Ya señala VERGARA BLANCO (1999, pp. 77 y 78) que:

“El nacimiento de la teoría del dominio público no tuvo otra razón para surgir que la de explicar la actividad reguladora del estado respecto del aprovechamiento común o privativo de estos bienes, en los cuales habría envueltos intereses públicos, caldo de cultivo de las potestades estatales”.

Obsérvese además que, en el Derecho chileno, la delimitación de la finalidad de la publicación está planteada en términos lo suficientemente amplios como para albergar cualquier suerte de justificación, aunque siempre centrada en el interés nacional¹²⁸. De este modo, no se ha ofrecido un catálogo cerrado de justificaciones, ni tampoco se han delimitado los bienes específicos que pueden estar publicados, de modo que siempre corresponderá al legislador, sujeto al control de constitucionalidad, la cali-

¹²⁸ Concepto que aparece de modo aún más general que el previsto en el artículo 5.1 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas que, en España, sólo utiliza como cláusulas generales el uso general o el servicio público.

ficación del fin y su ajuste a la categoría superior planteada por el artículo 19, número 23 CPR.

El dominio público debe reconducirse, entonces, a su consideración como una técnica que ampara una pluralidad de potestades públicas de diverso alcance y funcionalidad (Morillo-Velarde, 1992, p. 97). La justificación de la técnica del demanio, por tanto, no es única, como tampoco lo es el régimen jurídico (público) al que se encuentra afecto (Parada, 1993, p. 39). De ahí la diversidad de bienes que pueden estar excluidos del comercio humano, y de ahí también la variedad de formas en que se manifiesta la intervención pública. Como señala Climent (1979, p. 5), “(...) parece más apropiado de hablar de una variedad de contenidos, aglutinados dentro de la propia expresión dominio público, que de un contenido más o menos diverso (...)”

Este razonamiento supone que el bien queda “afectado” o adherido a una finalidad de carácter público, justificando las especiales facultades que se otorgan a la Administración para su consecución. En otras palabras, dado que el legislador no está obligado a verbalizar las razones de la publicación, su justificación, y la constitucionalidad de la misma, deben centrarse en el análisis de sus efectos a partir del dato de su regulación. Los fines de dicha afectación, ya hemos dicho, son esencialmente diversos y siempre reconducibles a la idea del interés general.

Y esta regulación especial, exorbitante al Derecho privado, se justifica en las razones de la publicación de los bienes. La demanialización de los bienes, en consecuencia, estará igualmente referida al cumplimiento de funciones públicas de la Administración, pero no a modo de dotación (como se resuelve en caso de suscribir las tesis patrimonialistas que abogan por una titularidad pública), sino como medios por el cual se puede dar cumplimiento a la finalidad de la publicación, o, en otras palabras, potestades públicas para articular y velar por el cumplimiento de la finalidad de interés general.

Adicionalmente, podemos decir que, dado que la afectación no se resuelve en una finalidad única, bien puede cambiarse la motivación de la publicación sin que el bien deje de ser parte del dominio público. Esta posibilidad supone, en el sistema chileno, una nueva destinación por parte de una ley

de quórum calificado, justificada en otra motivación de interés nacional. E implica necesariamente verificar los cambios en tal destinación en los sucesivos regímenes jurídicos que se conceden al bien en cuestión, dando lugar a un elemento normativo diferente que pretenda dar cumplimiento a la nueva finalidad. Advertimos esta cuestión a efectos de indicar que, al menos en lo que se refiere a la publicación de las aguas, no es de estimarse que su sucesiva caracterización como bienes públicos en el Derecho chileno implique un único y permanente destino, sino que éste deberá extraerse de los intereses colectivos que en cada régimen se deseaban satisfacer.

SÁNCHEZ BLANCO (1979, p. 27) plantea, siguiendo a Denoyer, que la gestión del dominio público hace imperativo a la Administración el asegurar su mejor explotación. Pero la mejor gestión termina siendo una expresión de la visión política y económica que triunfe a la época de la afectación o de sus modificaciones (sino incluso de la desafectación), así como especialmente afectará el régimen jurídico-público al que se somete. En el caso específico del Derecho de aguas chileno, esta cuestión ha suscitado los más ásperos debates en relación al tratamiento jurídico del recurso, que, en el fondo, no responde en esencia a un debate jurídico, sino eminentemente político y económico.

Por último, cabe aclarar la confusa alusión de “uso público” contenida en el artículo 589 CC, haciendo girar el concepto en la idea de que el “uso pertenece a todos los habitantes de la nación”. Este uso público, creemos, no debe entenderse como la finalidad de la *publicatio*, sino como una referencia a que su aprovechamiento corresponde al “*populus*”, a los administrados. Ello, a diferencia de los bienes fiscales, definidos en el mismo artículo 589, utilizando el criterio distintivo de un uso no conferido generalmente a aquéllos. A nuestro juicio, entonces, el legislador resuelve la diferenciación entre ambas clases de bienes en atención a la relación de aprovechamiento que les concede a los particulares. Así, en el caso de los bienes públicos, expresamente la ley le confiere a los administrados la facultad de usarlos, sin perjuicio de que dicho uso pueda ser común y general (como sucede con las calles, plaza y playas), especial (como ocurre cuando es necesario que medie algún tipo de permiso previo a efectos de aprovechar el bien) o privativo (en caso de que la única forma de acceder sea por medio de una concesión). En este mismo sentido, en la doctrina española se ha señalado que “(...) los usos comunes especiales requieren autorización administrativa

previa y (...) debe entenderse por uso común especial, (...): el que no excluye la utilización del recurso por terceros. Siendo este el criterio, es ocioso decir que ningún uso de carácter consuntivo podrá ser otorgado mediante autorización pues la consumición del bien es el supuesto más palmario del uso excluyente” (LÓPEZ MENUDO, 2007a, pp. 284-285).

Al menos en relación a las aguas, ello queda de manifiesto en otras varias disposiciones del mismo CC. El artículo 598 CC dispone que *“El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus playas, en ríos y lagos y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen”*. Este artículo, al disponer de los usos que se le pueden dar a las aguas, incluye la referencia a los aprovechamientos extractivos (para el riego, en este caso), considerando que su extracción sólo puede efectuarse previo procedimiento concesional del cual nazca un derecho de aprovechamiento necesariamente exclusivo y privativo. Así también el artículo 860 CC, actualmente derogado, disponía que *“Las mercedes de aguas que se conceden por autoridad competente, se entenderán sin perjuicio de derechos anteriormente adquiridos en ellas”*

La cláusula de uso público, entonces, no debe ser confundida con la noción de “uso común y general”, como única forma de aprovechamiento, y aún menos identificarle con la finalidad del demanio. En otras palabras, el bien no es publicado a fin de asegurar su aprovechamiento común y general, sino que ello dependerá de las razones de la demanialización y de la forma de utilización que sea necesaria para el cumplimiento de tal fin. De otra manera, no podría sostenerse nunca un sistema de aprovechamiento privativo, como es el que otorga el título concesional, en tanto éste siempre desvirtuaría la finalidad de la publicación. Al contrario, esta técnica concesional será necesaria en caso de que se estime que la configuración de un sistema de aprovechamientos privativos es el que de mejor modo satisface tales objetivos, como ocurre en el caso de los derechos de aprovechamiento de las aguas.

De este modo, la afectación al uso público no debe entenderse, como lo hace CLARO SOLAR (1979, Vol. III, pp. 174-175), al indicar que:

“los bienes que forman parte del dominio público del Estado son únicamente aquéllos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, ya sea por la propia naturaleza de los bienes que no los hace susceptibles de una apropiación exclusiva de los particulares en la utilidad que están llamados a prestar, como el mar adyacente o sus playas, los grandes lagos, los grandes ríos, ya sea porque han sido construidos para ser afectados al uso general de todos los habitantes sin distinción, como las calles, plazas, caminos y puentes”

Tampoco la afectación al uso público debe circunscribirse en los términos en que lo hace MONTT (2002, p. 264) al referirlo al uso “de todos los administrados sin distinción ni preferencia ninguna, generando un régimen de uso y aprovechamiento *uti universi*”

Ambas conceptualizaciones parecen más cercanas a la noción de uso público en el Derecho español (artículo 339 del Código Civil español), en que los demás extremos de la clasificación no hacen referencia a los bienes patrimoniales, sino a otras especies de bienes públicos calificados por su destinación al servicio público y al fomento de las riquezas del Estado.

De ese modo, BALLBÉ (1945, pp. 47-48) ha señalado que el uso público se traduce en:

“la proyección y el resultado de alguna modalidad de la función administrativa, que se muestra –aparte de la actividad material y contingente de la construcción de la cosa– en la afectación de los bienes a su destino, la apertura de los mismos al uso general de los administrados, y en el ejercicio constante de una actividad encaminada a la regulación de ese uso, protegiendo la libertad en su ejercicio de los particulares y estableciendo, allí donde de esta suerte se promueva mejor el bienestar de la comunidad de administrados, la mayor o menor intensidad de su actuación”

3. Diferencias en razón de la inalienabilidad de los bienes públicos

a) Perspectiva histórica y comparada

El carácter público de un determinado bien no significa el sometimiento a un régimen normativo único aplicable a toda esta clase de cosas, sino que éste dependerá de las motivaciones de la publicación. Sin perjuicio de ello, la doctrina comparada ha destacado ciertos caracteres comunes de la

regulación de los bienes públicos, sobre todo en lo que se refiere a su régimen de protección. No puede ponerse en duda que el hecho de que un bien quede legalmente afectado a una finalidad pública requiere de una tutela especial por parte del legislador (casi a modo de funciones de policía), a efectos de asegurar que tal objetivo será debidamente cumplido, pero esta tutela diferirá conforme a la finalidad prevista.

A modo de evitar un desmembramiento de los bienes públicos, BON (1998, p. 316) menciona en lugar destacado la existencia de un “principio de inalienabilidad”. En Roma, no hay referencias expresas a la existencia de este principio. Sin embargo, el carácter de *res extra commercium* se entendía suficiente garantía a efectos de evitar la constitución de relaciones patrimoniales entre privados. Aún más, comprendidas como cosas que pertenecían al *Populus Romanus*, destinadas al uso de cada uno de sus miembros, parece natural la imposibilidad de enajenación a un cierto y único particular, aun cuando se permitiese la creación de un título más o menos extenso de uso privado mediante una técnica que hoy denominaríamos concesional (CLAVERO, 1958, pp. 15-16). Ello, a diferencia de los bienes fiscales (*res fiscales*), que, formando parte de la propiedad del príncipe, mantienen la lógica de cualquier bien privado y están sujetos a la posibilidad de enajenación. Pero ni aún el poder del príncipe podía transformar los bienes públicos en fiscales a efectos de poder disponer de ellos.

Sin embargo, bien puede señalarse que el principio de inalienabilidad, claramente expresado, aparece recién en la Edad Media, caracterizada por la creciente confusión entre los bienes públicos y los bienes de la Corona. Como señala PAREJO (1983, p. 2390):

“La diferenciación y, consecuentemente, la recuperación del régimen exorbitante para los bienes regalianos o demaniales surge de la preocupación en orden a la conservación de las fuentes de ingresos reales (pues el demanio se concibe como la dote de la Corona). Es este el origen de la aplicación de los mismos de las reglas de la inalienabilidad y la imprescriptibilidad”

Si bien ha sido lugar común el señalar que este principio surgió históricamente en el *Edicto de Moulins* (1566), a fin de evitar que el monarca de turno dilapidara los bienes que eran asignados a la Corona, surgiendo la necesidad de nuevos impuestos (PARADA, 1993, p. 37), bien pueden encontrarse

similares antecedentes en el Derecho español, especialmente en la tensión política entre los monarcas y las Cortes por la enajenación de bienes de la Corona (no así respecto a los bienes públicos propiamente tales), cuestión que terminó en la declaración formulada por Juan II en las Cortes de Valladolid de 1442, que consideró a las ciudades, villas, fortalezas y otros lugares imprescriptibles e inalienables para “siempre jamás”. En cualquier caso, la inalienabilidad ya no se estima en razón a la naturaleza o destino de los bienes, ni menos para la protección de su uso público, como en Roma, sino sólo a un pacto político limitativo de las facultades del monarca, soberano y propietario de todos tales bienes, para la protección de sus finanzas y la indivisión de los reinos (CLAVERO, 1958, pp. 22 y 24).

PARADA (1993, p. 37) explica que la caída de la Corona en la Revolución Francesa se traduce en un traspaso de los bienes, que antes le eran asignados a la Monarquía, a la nación (*bienes nacionales*), perdiendo las notas de inalienabilidad e imprescriptibilidad previas. RIGAUD (1919, p. 188) avanza algo más hasta indicar que las ideas predominantes a inicios del siglo XIX, que sólo pretendían un derecho de custodia y policía sobre los bienes, hacen innecesario el principio de inalienabilidad porque, en tal discurso, su reconocimiento supondría que el dominio público es una forma de propiedad.

Las ideas liberales (esencialmente la idea del contrato social de Rousseau) harán que esta nueva titularidad, reflejada en la ley francesa de 1790, ya no requiera de una protección especial, desapareciendo por completo el rasgo de la inalienabilidad (y de la imprescriptibilidad), sujetando su posibilidad de enajenación al consenso nacional (PAREJO, 1983, p. 2391), conforme a un criterio de mera oportunidad (CLAVERO, 1958, p. 27). La alienabilidad, dispone el artículo 8º de la citada norma, descansa sobre la idea que la nación toda es propietaria plena de los bienes públicos (a diferencia del monarca, que sólo tenía el carácter de administrador), de tal suerte que, como todo propietario, bien puede decidir sobre el destino de tales bienes mediante la correspondiente manifestación de voluntad, explicación teñida de una extrema visión privatista del asunto, sin cuestionarse siquiera si la nación puede ser un sujeto de derechos.

El resurgimiento de estas cualidades, por tanto, proviene de la necesidad de otorgar una protección a esta clase de bienes que, sin embargo, será forzosamente diversa a la que existía en el *Ancien Regime*. La inalienabilidad renace entonces como un refuerzo al carácter de *res extra commercium* de

los bienes públicos, no ya para evitar la dilapidación del monarca, sino para asegurar el cumplimiento de la finalidad que ha justificado su publicación¹²⁹ Estos bienes son inalienables como consecuencia de la afectación como núcleo o médula en la construcción del dominio público (SÁNCHEZ BLANCO, 1979, p. 54).

En Francia, ante el silencio del Código Civil, se dudó de la subsistencia del principio de inalienabilidad bajo el nuevo régimen. Sin embargo, PROUDHON (1835, pp. 89-91) aboga por su existencia en razón de considerar que de esta manera se asegura la destinación de los bienes al servicio público al que se encuentran afectados. Dado que tal destinación ha sido consagrada por el orden civil (en contraposición a la destinación al uso público de los bienes comunes a todos los hombres por Derecho natural), se trata de una inalienabilidad relativa que bien puede ser modificada por acto de autoridad. Así se tradujo también en el no nato Código del Dominio del Estado, que, en su artículo 52, disponía que “*los bienes del dominio público son inalienables e imprescriptibles*”. No así los denominados bienes privados del Estado que son tan alienables y prescriptibles como cualquier “bien privado”

Igual ocurre en la legislación española, en términos que ni la Ley Desamortizadora de 1 de mayo de 1855 ni el Código Civil de 1889, se expresaron a favor del renacimiento de este principio de inalienabilidad. Probablemente, como señala CLAVERO (1958, p. 28), porque se consideraba obvio e innecesario, de manera que se debió esperar hasta la Ley de Régimen Local de 1950 para contar con una formulación expresa, idea que termina siendo reforzada en el artículo 132 de la Constitución española de 1978. Conforme a esta última norma, constituye un principio esencial en la construcción de cualquier forma de bien público su condición de bien inalienable, como unión permanente a la finalidad pública prevista y mecanismo de tutela indisponible para el legislador.

La protección constitucional española, como cualquier vertiente doctrinal que asuma en la inalienabilidad una forma de protección del bien público, tiene mayor sentido si se toma en cuenta que, siguiendo la tradición patri-

¹²⁹ La imprescriptibilidad de los bienes nacionales de uso público también se encuentra de alguna manera recogida en el artículo 2.498 CC, al señalar la comerciabilidad del bien como requisito para la adquisición de su dominio vía prescripción.

monialista francesa, los bienes públicos son asignados a un ente público, de lo que surge el riesgo de enajenación y pérdida¹³⁰ Por ello, GUAITA (1956, p. 133) y SAINZ MORENO (1999, p. 504) concluyen que la relación de la Administración con los bienes debe ser de propiedad, por cuanto, de no ser así, no sería necesario controlar su venta, justificando el principio de inalienabilidad.

El círculo se cierra, entonces, de la siguiente manera: la construcción lógica del Derecho patrimonial administrativo se ha articulado en la época moderna en torno a un razonamiento de Derecho privado, que no admite otra categoría que la del dominio para explicar la relación entre una persona y un bien. El razonamiento inicial, que otorgaba al príncipe un poder de vigilancia en garantía de la paz pública, y no de dominio, se pierde en la conformación del Estado moderno. La afectación, entonces, deriva de la necesidad de que una determinada entidad administrativa pueda cumplir, por medio de ellos, con la potestad pública que le ha sido asignada (CLAVERO, 1958, pp. 35-38). Y la inalienabilidad se explica, entonces, como protección de tal apoderamiento, a modo que la correspondiente entidad no pueda desprenderse de tal bien (que le ha sido asignado en propiedad) sin obtener su previa desafectación.

Incluso, hay quien ha llegado a calificar toda la legislación que regula a los bienes públicos como expresión de la protección de su finalidad pública, articulándose como formas de asegurarse que la Administración les destine al cumplimiento de tales intereses públicos (SÁNCHEZ MORÓN, 1997, p. 20), de tal suerte que la inalienabilidad se transforma en una “indisponibilidad teleológica o de destino” o en una forma de conservación de “la afectación, manteniendo la titularidad administrativa de los bienes” (CLAVERO, 1958, pp. 37 y 38).

¹³⁰ Esta configuración del dominio público es la que también justifica su carácter inembargable, reconocido doctrinal y constitucionalmente en España. Si el bien es asignado en propiedad a un determinado ente público, la inembargabilidad pretende evitar que, por cualquier motivo, pueda verse despojado del mismo incluso en sede judicial para efectos del cumplimiento forzado de una obligación (BALLESTEROS, 2000, p. 203). Se transforma, como señala BERMEJO (1998, p. 370) en el último privilegio asignado a la Administración Pública para su protección, a fin de impedir la efectividad de todo tipo de acciones que se ejerciten contra sus bienes y derechos. En el sistema chileno, en cambio, al no haber una asignación a entidades públicas, sino a la nación toda (concepto exclusivamente político), tal previsión no es necesaria.

Las restricciones que fundamentan la alienación del demanio en el Derecho continental, que entraña la protección de la destinación o afectación del bien al fin público al que ha sido dispuesto (MARTÍNEZ USERO, 1954, p. 166), bien implicará una limitación a la Administración (su titular), en el sentido de que no podrá disponer de tales sin alienar también la función administrativa a la que está llamada satisfacer por su intermedio.

Delimitando un poco más el concepto de inalienabilidad para el Derecho español, y, siguiendo la teoría del citado autor, ésta puede entenderse como una prohibición de enajenación mediante procedimientos privados. Pero obsérvese también que la significación de la inalienabilidad como exclusión del tráfico *inter privatos* no impide de la posibilidad de constitución de derechos subjetivos administrativos creados, conforme a normas de Derecho público, mediante un sistema concesional (CLAVERO, 1958, p. 40 y SAINZ MORENO, 1999, p. 509). Así, en España también se ha entendido que el principio de inalienabilidad sólo puede referirse a la posibilidad de disposición del dominio del bien, sin mediar previa desafectación, o, incluso, el desmembramiento de facultades esenciales del dominio a favor de un particular, pero no puede obviar la posibilidad de crear derechos de aprovechamiento privativos a favor de los particulares (PAREDES, 1993, p. 94).

Cabe aclarar, sin embargo, que pese a la extensión del derecho de aprovechamiento generado en virtud de un procedimiento concesional, éste no deja de ser, en la lógica continental, un derecho que se ejerce sobre una cosa ajena (*ius in re aliena*) (JIMÉNEZ-BLANCO, 1992, p. 545), de modo que su titular del derecho nunca deberá entenderse dueño de una porción siquiera ideal de la cosa pública objeto del derecho subjetivo administrativo.

b) Derecho chileno

La inalienabilidad se ha revelado, en suma, como un principio que ha tenido diferentes carices y fundamentos para la comprensión del dominio público. Pasa desde una formulación cuasi-natural a su uso público en el Derecho romano, al pacto político medieval y, luego, a su construcción como mecanismo de protección de la afectación del bien a su potestad pública en el Derecho europeo actual. Pero, al igual como hemos hecho en los epígrafes anteriores, creemos que es necesario ajustar esta última visión a los princi-

pios imperantes en la legislación chilena y a los elementos que configuran la noción de los bienes públicos conforme a dicho sistema jurídico.

En el Derecho chileno, cabe anticipar, las ideas foráneas han sido replicadas por MONTT (2002, pp. 173-180), quien incluso afirma (p. 178) que:

“Constatando el singularísimo rol que la titularidad pública cumple en la teoría del dominio público –frente a otros sistemas como el alemán– puede entonces postularse que la inalienabilidad de las *res publicae* constituye una manera inmediata de proteger la titularidad pública, y sólo una manera mediata de proteger la afectación”

Este razonamiento supone, desde luego, revivir el debate sobre la titularidad de los bienes públicos en el Derecho chileno, pero implica también sostener que la afectación (como manifestación del elemento teleológico del dominio público) redundaría únicamente en la configuración de una potestad pública que requiere de ciertos bienes para poder ser desempeñada. Creemos, sin embargo, que los fines de interés general que admiten la publicación de un bien, en los términos del citado artículo 19, número 23 CPR, no deben equipararse (a modo de sinónimo) con tales potestades públicas. Estas últimas son los “apoderamientos –mandatos de actuación dirigidos a la administración”– (PAREJO, 2003, p. 620) que, por cierto, deben estar destinadas a la satisfacción de intereses públicos, pero no son conceptos equivalentes.

Los intereses públicos bien pueden satisfacerse acudiendo a una lógica privada, como es la regla general (al menos en el sistema chileno en que impera una economía de libre mercado), pero, para el caso de los bienes públicos, el legislador debe comprobar que tales intereses son resueltos de modo más beneficioso y eficiente por medio de la técnica de la publicación.

Por ello estimamos que esta posibilidad queda reducida casi a nada si retomamos nuevamente la idea de que su “titularidad” es entregada a la *nación toda*, y, en ningún caso, a una entidad pública, de manera que es difícil imaginar un supuesto de enajenación. Se denota tanto del texto constitucional como del Código Civil la influencia de la transferencia efectuada por la ley francesa de 1790 que permitió el traspaso de los bienes de la Corona a la nación francesa, configurándose como su único

titular, requiriendo entonces de su voluntad abstracta para proceder a su enajenación conforme a los mecanismos que tal voluntad puede ser expresada. Ideas estas que estaban en boga a la época del Código Civil chileno (1855), principalmente por la fuerza expansiva del razonamiento expuesto por PROUDHON en 1835.

En otras palabras, la nación, como concepto político, no tiene personalidad jurídica necesaria para conformarse como sujeto de derechos (por lo que no cabe propiedad), como tampoco cabe la posibilidad que forme parte de un negocio jurídico que tenga por objeto la enajenación de los bienes que le “pertenecen” De ahí que en el sistema chileno no sea necesario hacer referencia expresa a un principio de inalienabilidad de los bienes. Además, el Estado-Administración tendrá, a lo sumo, un poder de vigilancia o policía, pero jamás facultades de enajenación (CLAVERO, 1958, p. 33), de lo que resulta que el bien en cuestión podría ser incluso enajenado mediando la voluntad de la nación, manifestada por medio de su principal instrumento formal de declaración, como es la ley. La enajenación supondrá, en cualquier caso, llevar a cabo una desafectación del bien, dado que, por motivos económicos, políticos, sociales o culturales, habrá variado la concepción de su publicación como indispensable para la satisfacción del interés general.

Admitiendo una propiedad privada previa desafectación del bien al interés general, tampoco encontramos aquí propiamente enajenación, sino la creación de un mecanismo de asignación de un derecho de propiedad que simplemente antes no existía. La desafectación de un bien público implicará, entonces, su susceptibilidad de ser adquirido por parte de los particulares, o, en otras palabras, su conformación al modelo de la *appropriatio* que constituye la regla general en el ordenamiento jurídico chileno.

Dada la ausencia del elemento subjetivo (titularidad), la desafectación no implica que el bien, carente de su destinación pública, pase por ese solo hecho a ser de propiedad privada del Estado (bien fiscal), como ocurre en el Derecho español (artículo 341 del Código Civil español). En razón de esta diferencia es que la doctrina española ha debatido sobre la naturaleza jurídica de la desafectación, sea como una formalidad habilitante (especialmente, GONZÁLEZ-BERENGUER, 1968, pp. 202 y ss.) o, más profundamente, como la pérdida del carácter público del bien que posteriormente podrá ser enajenado (CLAVERO, 1958, p. 36), pero que, en definitiva, ha perdido su

cuales de bien exclusivamente sometido a la regulación pública (*publici iuris*) para pasar a estar sujeto a las reglas del Derecho común.

Ahora bien, y siguiendo la lógica expuesta en los epígrafes anteriores, podemos rescatar la unión propuesta por la generalidad de la doctrina europea continental entre afectación e inalienabilidad, aunque con una cierta variación. Liberado del lastre del elemento subjetivo, y configurándose el elemento teleológico como la pretensión de consecución de un objetivo de interés general que requiere de la técnica de la publicación, el denominado “principio de inalienabilidad” podrá entenderse en Chile de la manera que pasamos a explicar: siguiendo la tradición romana, la inalienabilidad puede relacionarse al tratamiento de los bienes nacionales de uso público como *res extra commercium*, entendidos éstos como bienes que se encuentran ajenos al tráfico privado, en los términos que ha constituido la principal (sino la única) preocupación de la legislación civil. Este elemento negativo, sin embargo, debe ser completado con la idea que los bienes públicos están sujetos a una regulación especial (*publici iuris*) que conforma su elemento normativo.

Como señala CLIMENT (1979, p. 6), “El dominio público, en su formulación conceptual, aparece como una determinada clase de bienes opuesta a los llamados de dominio privado” Este raciocinio debe ser completado con las disposiciones pertinentes del Código Civil, pero que nos alejan de un concepto administrativo de los bienes públicos. La regulación civil de los bienes nacionales de uso público por supuesto no pretende detallar su régimen jurídico, sino sólo tratarles en su faz negativa: no les resultarán aplicables las reglas que, como criterio general, corresponden a los demás bienes. Así, no son susceptibles de posesión ni de dominio¹³¹, ni, en definitiva, pueden ser objeto de enajenación por acto entre particulares.

Si un particular dispusiere de un bien público, el acto no podrá catalogarse como un negocio sobre cosa ajena, sino que, llanamente, será nulo

¹³¹ Sentencias de la Corte Suprema de fechas 21 noviembre 1905, disponible en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo. 3, sección 1ª, p. 96; y 4 julio 1938, disponible en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 36, sección 1ª, p. 52.

por infringir las disposiciones del artículo 1464, número 1, CC¹³². Pero obsérvese que, a mayor abundamiento, el Código Civil chileno también señala la comerciabilidad del bien como requisito del objeto del contrato (más bien, objeto de la prestación), en términos que el artículo 1461 CC dispone que “*No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género*” Se trata, a la luz del Derecho civil, de un negocio sin objeto posible, en los mismos términos que disponen los artículos 1261 y 1271 del Código Civil español (SAINZ MORENO, 1999, pp. 508 y 509).

La normativa civil relativa a los bienes, en definitiva, gira en torno a la idea que VERGARA BLANCO (2001, pp. 372 y 373) denomina “*appropriatio*”, conforme a la cual cada particular hace propio un bien, en el más puro sentido de la propiedad. Y, conforme a ella, “puede ser adquirida por los modos normales que disciplina el derecho civil para las relaciones *inter privatos*: transferencias (compraventas), prescripción, previa ocupación o posesión más un plazo” Esta lógica en nada se ajusta a la categoría de los “bienes nacionales de uso público”, y de ahí que la primera preocupación del Código Civil, sino incluso la única, es desterrarlos de su regulación. De ahí también la *ratio* del artículo 598 CC, que, conforme indicáramos previamente, tiene por principal finalidad dar cuenta de un régimen especial (exorbitante al Derecho civil), de esta clase de bienes, régimen *publici iuris* que conformará su elemento normativo.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de constituir derechos subjetivos administrativos para el aprovechamiento de los bienes públicos por parte de los particulares, la principal diferencia con el sistema español, y, desde luego, con muchos de los sistemas europeos, es que aquél entiende que las fórmulas concesionales suponen “la transferencia a particulares de atribuciones o facultades que originalmente corresponden a los poderes públicos como titulares de bienes o actividades” (BERMEJO, 1998, p. 350). En este mismo sentido, a juicio de LÓPEZ MENUDO (1993, p. 105), las concesiones

¹³² Norma que dispone que “*Hay objeto ilícito en la enajenación: 1º De las cosas que no estén en el comercio humano*”

de aguas quedan sujetas “(...) contrapartidas o notas negativas que condicionan el derecho del concesionario y que definen la posición jurídica de la Administración Pública en cuanto instancia titular de las aguas y encargada de la irrenunciable tutela del interés público”¹³³ En el sistema jurídico chileno esta conclusión no es posible si entendemos que la “titularidad” no es asignada a poderes públicos, sino a la nación, de modo que el derecho subjetivo adquirido por medio del sistema concesional no debe entenderse como un *ius in re aliena*, que debe respetar la titularidad ajena, sino como un derecho limitado y configurado en torno a la afectación.

Así, siendo la afectación el punto central del demanio en el Derecho chileno, toda fórmula de uso (privativa o no privativa) debe ajustarse al

¹³³ Entre estas condicionantes, a juicio de LÓPEZ MENUDO (2007b, pp. 391-399), está la sujeción de las concesiones a los planes hidrológicos que “territorializan” las concesiones de aprovechamiento de aguas, en lo relativo a los criterios de prioridad, compatibilidad y preferencia de los usos; la naturaleza concesional de los aprovechamientos; su límite temporal, y su otorgamiento en parte discrecional (debidamente fundado y basado en el interés público) y en parte reglado por la Ley; En otro orden de cosas, el mismo autor (1993, pp. 105-111), destaca ciertos ciertas limitaciones que resultan del carácter esencialmente social de los aprovechamientos de aguas. En este sentido, menciona ciertos principios rectores que condicionan las concesiones de derechos de aprovechamientos, entre los que destacan: *el principio general de economía de la agua*, que se traduce en que en igualdad de condiciones, de frente al otorgamiento de concesiones de agua, preferirá aquella que proyecte la utilización más racional del recurso; la *potestad administrativa para fijar el caudal concesional*, que vincula al concesionario durante toda la vida de la concesión; *el principio de afectación del agua al fin determinado en la concesión*, que implica que el agua concedida queda adscrita, toda su vigencia, al uso definido en el título concesional y que sólo la Administración podrá alterar; *al principio ne varietur*, por el cual se expresa que no hay variación posible de las características esenciales de la concesión sin mediar previa autorización; *el deber del ejercicio efectivo de la concesión*, por cuanto dicho derecho está vinculado al cumplimiento de una función social determinada por la Ley; *la concesión como acto administrativo discrecional*, en el sentido de que la Administración no está obligada a otorgar concesiones de agua; y *el especial sentido de la cláusula salve iure tertii*, que no puede interpretarse como una cláusula de exoneración de responsabilidad de la Administración, en lo atinente a conflictos entre privados, cuando existe escasez de agua. Ello, sin perjuicio de que “Por más limitaciones a que puedan estar sujetas las concesiones de aguas, el punto de partida no puede ser otro que su reconocimiento como un acto declarativo de derechos. Se trata de un acto formal, discrecional, unilateral, constitutivo, otorgante de un derecho real, gravable, inscribible, transmisible. Resaltamos aquí su carácter de derecho subjetivo, que recae sobre un uso privativo y que confiere a su titular un *ius excludendi alios* oponible frente a todos, incluida la propia Administración concedente. // En suma, un derecho sobre el uso del bien que ha de gozar de la solidez que es propia de cualquier derecho, impidiendo intervenciones administrativas arbitrarias, así como la imposición de sacrificios no justificados sin indemnización”, LÓPEZ MENUDO (2007b, p. 400).

interés general que ha justificado la publicación. De este modo, no parecen haber impedimentos para que los sistemas concesionales se configuren de cualquier modo y se manifiesten incluso como mecanismos de creación de derechos con una extensión muy similar a la que usualmente se asigna a los derechos de propiedad si con ello se cumple la finalidad pública antes señalada, que, adelantamos, creemos que se ajusta perfectamente a la amplitud de los derechos de aprovechamiento de agua en relación con las razones de su publicación al amparo del CA.