

DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LAS AGUAS: UNA MIRADA CONSTITUCIONAL

Enrique Navarro Beltrán*

RESUMEN

El presente artículo analiza de manera sintética el sentido y alcance del inciso final del artículo 19 N° 24, referido a la propiedad sobre las aguas, particularmente teniendo en consideración la historia fidedigna de la disposición, la doctrina y la jurisprudencia constitucional y administrativa.

I. LA NORMA Y SU ALCANCE

El inciso final del artículo 19 N° 24 señala que: "Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos".

II. ANTECEDENTES

La materia fue debatida por la Comisión de Estudios de la Constitución (CENC), especialmente en las sesiones 182 a 184, pudiendo destacarse las siguientes afirmaciones referidas a la naturaleza del derecho de propiedad sobre las aguas.

El señor José María EYZAGUIRRE (Presidente de la Subcomisión de Derecho de Propiedad) hace presente que "al establecer en la Constitución, como principio fundamental, el dominio del derecho de aprovechamiento, se transforma al usuario en verdadero dueño, con todas las obligaciones y responsabilidades que ese dominio implica, y se asienta ya una base jurídica primaria para construir un nuevo ordenamiento de las aguas"¹.

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile y Universidad Finis Terrae.

1 CENC, sesión 182, 14 de enero de 1976.

Por su parte, el señor ORTÚZAR (Presidente) señala que desea manifestar que “Le parece 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”². En sesión posterior, el mismo recuerda que “iniciado el debate acerca de esta disposición, lo primero que se observó fue si debían o no debían tener jerarquía constitucional los preceptos relativos a las aguas, cuestión planteada por don Jaime Guzmán. En definitiva, la Mesa entiende que hubo una especie de asentimiento tácito en orden a estimar que dada la situación precaria en que se encuentran hoy día los derechos de aprovechamiento, es conveniente que estas disposiciones tengan jerarquía constitucional”³.

Enseguida, el señor RODRÍGUEZ (miembro de la Subcomisión de Derecho de Propiedad) desea “subrayar la idea de que en la Constitución y en el Código de Aguas el derecho de aprovechamiento era un derecho real administrativo que, por consiguiente, no afectaba las facultades y atribuciones del Estado y, por tanto, amagaba los derechos de los particulares. En las circunstancias que se están considerando ahora, se trata de dar un derecho de aprovechamiento que constituya un derecho de propiedad sobre las aguas, de manera que al construirse un embalse —es una idea que entrega a la consideración de la Comisión—, se haría sobre la base de un derecho de aprovechamiento debidamente constituido, y sobre el cual existiría un derecho de propiedad que estaría sujeto al régimen general del derecho de propiedad. Por tanto, el titular de ese derecho no podría ser privado de él sino en virtud de expropiación, como corresponde a todos los bienes en general, y estaría sujeto a todas las limitaciones y regímenes legales sobre modos de adquirir y de ejercer los derechos, como corresponde a todo derecho de propiedad”⁴.

El señor EYZAGUIRRE (Presidente de la Subcomisión de Derecho de Propiedad) declara: “Y por eso el espíritu de la Subcomisión es el de volver a elevar de rango el derecho de aprovechamiento que tiene el particular, otorgándole el carácter de un derecho de propiedad consagrado en la Constitución y quitándole el carácter de mera concesión administrativa que hoy día tiene”⁵. En sesión posterior, el señor EVANS manifiesta que “la redacción que a él le satisfaría más que ésta sería la que hablara de los “derechos de particulares

2 Ibíd.

3 CENC, sesión 183, 2 de marzo de 1976.

4 Ibíd.

5 Ibíd.

sobre las aguas", para dejar establecido que el precepto tiene una dedicatoria, que es, como ya se señaló anteriormente, la elevación de la jerarquía jurídica de los derechos de los particulares sobre las aguas, fijando su rango en el texto constitucional ⁶.

A su turno, el señor SILVA BASCUÑÁN "insiste en su posición, la cual a su juicio, en breves palabras, cubre todo lo que se persigue en esta norma. Le parece muy importante no entrar a la problemática circunstanciada y concreta que plantea con tanta dificultad y complejidad el aspecto del régimen de aguas, pero cree que debe darse a los particulares la convicción de la firmeza e importancia de sus derechos y, por lo tanto, el de que no serán atropellados ni serán expropiados, sino de acuerdo con las normas que corresponden al régimen de la propiedad común. Piensa que bastaría con decir que "los derechos sobre las aguas reconocidas o constituidos en conformidad a la ley otorgan a sus titulares propiedad sobre ellas" ⁷.

Instando a un acuerdo sobre su alcance, el señor ORTÚZAR (presidente) expresa: "Pero en lo que sí quiere que lo acompañe la Comisión es en una constancia en el Acta que estima que es importante, porque si se va a decir "los derechos de aguas reconocidos o constituidos en conformidad a la ley", debe dejarse constancia, de alguna manera, de que el espíritu de esta Comisión es el de amparar, proteger y darle esta jerarquía a los actuales derechos que se han constituido en conformidad a la ley, pues no se vaya entender el día de mañana que se trata de todos los derechos constituidos o reconocidos en conformidad a una ley futura que se dicte".⁸

En definitiva, el informe final de la CENC señala lo siguiente respecto de dicha normativa:

"(...) El primer tema que se debatió en la Comisión con respecto a las aguas fue el relativo a si los preceptos que regulan esta materia debían o no tener jerarquía constitucional. Dada la importancia que para la vida económica del país tiene el regadío de los predios y en general el uso de las aguas para los distintos menesteres que la ley permite, la Comisión estimó necesario y conveniente contemplar un precepto de carácter fundamental relativo al dominio de las aguas. Debemos recordar que la reforma constitucional de enero de 1967 estableció que la ley podrá reservar el dominio nacional de uso público de todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular, en cuyo

6 CENC, sesión 184, 3 de marzo de 1976.

7 Ibíd.

8 Ibíd.

caso los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a una 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. Por el mérito contenido en la reforma constitucional citada, la Ley de Reforma Agraria 16.640 declaró que todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público (artículo 94) y para el solo efecto de incorporarlas al dominio público declaró de utilidad pública y expropió todas las aguas que a la fecha de vigencia de esa ley eran de dominio particular, disponiendo además que sus dueños continuarán usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento (artículo 95). De este modo, la reforma constitucional de 1967 y la Ley de Reforma Agraria terminaron con toda forma de dominio privado sobre las aguas. Con anterioridad a este régimen estaban vigentes las disposiciones del Código Civil y del Código de Aguas primitivo, que reconocían al propietario un verdadero derecho real de aprovechamiento que se inscribía en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces y que tenía las características del dominio. Además, las aguas que nacían y morían en una misma heredad y los lagos navegables por buques de menos de 100 toneladas eran de dominio privado, con lo cual los embalses que se construían dentro de un predio pasaban también a tener ese carácter. Las modificaciones introducidas al régimen de las aguas destruyeron definitivamente el incentivo que tenían los particulares para ejecutar obras de regadío en sus predios y mantener los canales y cauces en las condiciones adecuadas a su mejor aprovechamiento, todo lo cual, por los antecedentes de que dispuso la Comisión, ha afectado seriamente la economía nacional. Por otra parte, es evidente que los avances de la técnica, de no haber existido este régimen que otorga derechos tan precarios con los respecto a las aguas, habrían permitido seguramente el impulso de muchas obras de regadío, de aprovechamiento de napas y aguas subterráneas, etc., con evidentes ventajas y beneficios para el país. Por todas estas consideraciones, la Comisión considera que hay razones valederas suficientes para que los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorguen a sus titulares propiedad sobre ellos, y es ésta la idea precisa que contiene el anteproyecto. A este respecto, la Comisión ha dejado expresamente constancia en actas de que su espíritu es el de amparar, proteger y darle esta jerarquía, incluso a los actuales derechos que se han constituido de acuerdo a las disposiciones legales respectivas".

Cabe hacer presente que la disposición fue aprobada en términos similares por el Consejo de Estado⁹, formando así parte del texto plebiscitado en 1980.¹⁰

III. DOCTRINA

La doctrina nacional se encuentra conteste en cuanto a la protección de la propiedad sobre las aguas. En efecto, se ha resaltado por Evans que “la preceptiva sobre el derecho de dominio de ese N° 24 protege a los titulares de los derechos de aguas, siempre que éstos hayan sido adquiridos conforme a la ley, en cualquier tiempo, o siempre que la ley, de modo expreso, reconozca a los particulares esos derechos”¹¹.

En palabras de Verdugo, “se tiene el derecho de propiedad sobre el derecho real de aprovechamiento de aguas, el que sí está protegido por esta garantía constitucional”¹².

Para Alejandro Vergara, “establece y garantiza la CPR la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas (los cuales son en realidad ‘derechos reales administrativos’ que es la terminología más apropiada para la titularidad privada en este ámbito). Así, tales titularidades forman parte del tráfico jurídico privado, pudiendo transferirse y transmitirse libremente”¹³.

A su turno, para Cea, el referido inciso final del artículo 19 N° 24 constitucional “debe entenderse insertada en el marco de derechos, obligaciones y garantías que, con las características de preceptos generales y de común aplicación

9 La disposición se aprobó en la sesión 65, de 13 de marzo de 1979, “después de oídas las explicaciones que el consejero señor Ortúzar proporciona acerca de la importancia que reviste volver al sistema antiguo en materia de propiedad de las aguas, con todas las garantías correspondientes para los respectivos derechos, siempre que se hayan constituido en conformidad a la ley” y se lo aprueba por unanimidad (Actas del Consejo de Estado, ARANCIBIA MATTAR, J. y et al. (2008), p. 389)

10 BLANC, N. (1990).

11 EVANS DE LA CUADRA, E. (1986), p. 424.

12 MARINKOVIC, M. (1998), p. 321.

13 VERGARA B, A. (2014), p. 89. El mismo autor agrega que “es un mito que las aguas sean un supuesto dominio de la Nación toda. En todo caso, todas las personas de esa Nación tienen, en potencia, un derecho público subjetivo para solicitar, y para llegar a convertirse en titular de un derecho de aguas; y una vez obtenido ese derecho individual de aguas, e cada cuenca, en cada acuífero, ese derecho quedará sujeto a la autogestión colectiva de sus usuarios, de ahí la evidente naturaleza común del recurso hídrico” (p. 349).

a toda especie de dominio, se hallan contempladas en los cinco primeros incisos del mismo numeral 24"¹⁴.

Finalmente, para Celume, 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 agua, permisos administrativos, o mantenía la categoría de los derechos de aprovechamiento de legislación en vigor, de todas manera esa titularidad, fuese amplia o restringida, albergaría un derecho que, por precario o débil que fuese, quedaría sometido al estatuto constitucional de la propiedad".¹⁵

IV. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional, ha enfatizado la protección del derecho sobre las aguas.

1. Corte Suprema

En relación al derecho de propiedad constitucionalmente garantizado sobre las aguas, se ha sentenciado por el máximo tribunal que:

El Estado permite a los particulares el uso exclusivo de aguas mediante el otorgamiento de un derecho de aprovechamiento cuya definición, conforme al artículo 6º de la codificación del ramo, lo caracteriza como un derecho real que recae sobre las aguas consistente en el uso y goce de ellas con los requisitos y en conformidad con las normas que ese estatuto legal contempla. Por tratarse de un derecho real, tiene contenido propio y se incorpora al patrimonio del titular, encontrándose protegido con la garantía de la propiedad, según lo dispone expresamente el inciso final del numeral vigésimo cuarto del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Como el derecho real que es, se sujeta al derecho común, es decir, al derecho civil y puntualmente a las reglas que el ordenamiento jurídico hace aplicables a todos los bienes en materia de adquisición, posesión y pérdida de los derechos reales, sin perjuicio de la

14 CEA EGAÑA, J. L. (2012), p. 606.

15 CELUME BYRNE, T. (2013), p. 112.

protección especial que el artículo 121 del código del ramo otorga a los derechos de aprovechamiento inscritos en los Registros de Aguas de los Conservadores de Bienes Raíces". Agregando luego, que el ordenamiento constitucional "distingue, según su origen, entre los derechos de aguas que nacen de un acto de autoridad -constituidos o concesionales- y aquéllos que se originan por el hecho de su uso, una situación especial o su reconocimiento por el legislador -reconocidos-".¹⁶

Tribunal Constitucional

Sobre esta materia, el Tribunal Constitucional¹⁷ ha sentenciado que la normativa constitucional contiene un mandato habilitante al legislador para establecer bajo qué condiciones y requisitos se adquieren derechos sobre las aguas, otorgándole a los particulares un "verdadero derecho de propiedad" sobre ellas¹⁸.

Del mismo modo, se ha puntualizado que mientras el derecho de aprovechamiento de agua no se constituya de acuerdo a las normas establecidas en la ley, que corresponde a una ley simple, tal derecho no existe¹⁹.

16 C. S., Rol N° 8.439-2011, 18 de junio de 2013.

17 NAVARRO BELTRÁN, E. y CARMONA SANTANDER, C. (2015).

18 T.C., Rol 1309/2009, c. 7. Así, "la normativa constitucional contiene un mandato habilitante al legislador para establecer bajo qué condiciones y requisitos se adquieren derechos sobre las aguas, otorgándole a los particulares un verdadero derecho de propiedad sobre ellas. Dentro de ese marco se establece el precepto impugnado, que faculta a la autoridad administrativa para hacer la conversión que permite disminuir la entidad del derecho de aprovechamiento, pero que no contempla regla paralela que, en caso contrario, permita aumentarlo por igual vía".

19 T.C., Rol 260/1997, cc. 10 y 17. Se expresa por el TC que "La respuesta a esta pregunta nos las da, en primer término, el artículo 19, N° 24, inciso final, de la Carta Fundamental, al disponer 'Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos'. Como puede apreciarse el constituyente con meridiana claridad ha entregado a la "ley", sin calificativos, la regulación o constitución del derecho sobre las aguas y, en consecuencia, el intérprete debe entender que tal ley es la ley común u ordinaria, tanto porque cuando la Constitución se refiere a la "ley" sin adjetivos se entiende que es la ley común, como porque dicha clase de leyes representan la regla general en nuestro Código Político, constituyendo las leyes interpretativas, las orgánicas constitucionales y las de quórum calificado la excepción dentro de la denominación genérica de ley. Cabe hacer presente, además, el carácter especial de esta reserva legal que solo se vincula con la materia específica del reconocimiento y constitución de los derechos sobre las aguas, naturaleza particular que, conforme a la hermenéutica jurídica, tiene aplicación preferente sobre cualquier otra norma general, entre las cuales se cuenta, desde ya, el artículo 19, N° 23, de la Constitución, que se refiere a toda clase de bienes. A igual conclusión nos conlleva el artículo 60, N 3°, de la Carta Fundamental, al expresar que sólo son materias de ley ordinaria 'Las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra', pues las normas del

Del mismo modo, la judicatura constitucional ha recordado que la Carta Fundamental protege la libertad que tiene como sustento el aseguramiento de la posibilidad jurídica de adquirir el dominio o de ser titular de toda forma de propiedad²⁰. Igualmente, se ha enfatizado de manera categórica que existe propiedad sobre los derechos constituidos sobre las aguas²¹.

proyecto en estudio es claro que son propias del Código de Aguas". A lo que se agrega que "la conclusión anterior resulta aún más evidente, si se tiene presente que de aceptarse que las normas que regulan el procedimiento de constitución originaria del derecho de aprovechamiento son de quórum calificado, no solo los artículos del proyecto en estudio que se han cuestionado deberían ser materia de leyes de quórum calificado, sino prácticamente todo el Código de Aguas, en cuanto regula la adquisición de este derecho, porque es dicho Código el que, al establecer el procedimiento de adquisición del derecho de aprovechamiento, consigna un conjunto sistemático de requisitos y limitaciones para su adquisición. Lo anterior está en abierta contradicción con lo preceptuado en el artículo 60, N° 3º, de la Carta Fundamental, norma que reserva a la ley ordinaria o común toda materia propia de codificación, entre las cuales se encuentra, naturalmente, el Código de Aguas".

20 T.C., Rol 513/2006, c. 28. Así, "según se desprende de su sentido y finalidad, el precepto constitucional que se pretende vulnerado tiene como sustento el aseguramiento de la posibilidad jurídica de adquirir el dominio o de ser titular de toda forma de propiedad, posibilidad que en el caso *sub lite* no ha desaparecido para los requirentes, pues ellos conservan la opción de participar en el remate público de los derechos y a través de esa vía llegar a adquirirlos. Asimismo, de la consulta de las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se puede apreciar que al consagrar este derecho los comisionados tuvieron en vista, como un elemento vertebral del nuevo orden público económico que la Constitución se proponía instituir, la conveniencia de que los particulares tuvieran preeminencia frente al Estado en cuanto a ser titulares del dominio de los bienes situados en el territorio nacional, lo que es coherente con el rol subsidiario que el nuevo régimen jurídico-político asignó al Estado en materia económica". Lo anterior, se agrega, resulta corroborado por la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia. En efecto, en sentencia dictada por ese alto Tribunal el 26 de mayo de 1988, ratificando un fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 85, sección 5ª, página 186), se declaró que lo que reconoce la Constitución en el artículo 19 N° 23º "es la aptitud genérica y sin discriminaciones que tienen los particulares para adquirir todo tipo de bienes, protegiendo esta posibilidad eventual de exclusiones unilaterales de la autoridad respecto de ciertos bienes, de manera que lo que se ha querido enfatizar en esta disposición es el derecho prioritario de los particulares frente al Estado, para impedir a éste ejercer limitaciones abusivas o arbitrarias a esta libertad de incrementar la propiedad privada". En el mismo fallo señaló que "el artículo 19 N° 23º de la Constitución ha sido establecido con el objeto de garantizar el libre acceso al dominio privado de las personas de toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles, corporales o incorpóreas, y de todas las cosas susceptibles de ser incorporadas a un patrimonio personal. Su finalidad ha sido proteger 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".

21 Ha resaltado el T.C. que "la normativa constitucional contiene un mandato habilitante al legislador para establecer bajo qué condiciones y requisitos se adquieren derechos sobre las aguas, otorgándole a los particulares un verdadero derecho de propiedad sobre ellas" (Rol 1309/2009, c. 7). En otras palabras, "y aunque resulte obvio expresarlo, la Constitución asegura el dominio no sobre las aguas mismas, que constituyen bienes

Sin perjuicio de lo anterior, se ha sentenciado que la propiedad sobre las aguas también debe soportar las limitaciones y obligaciones que derivan de la función social, lo que en general es aplicable al derecho común de propiedad, en los términos asegurados en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental²².

V. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Contraloría General de la República ha emitido una serie de dictámenes en relación a la propiedad de las aguas, que sintetizaremos en sus contenidos esenciales.

En primer lugar, ha resaltado que las aguas tienen el carácter de bienes nacionales de uso público²³. Sin embargo, se ampara su carácter patrimonial²⁴.

nacionales de uso público, sino sobre el derecho de aprovechamiento de ellas constituido en conformidad a la ley. En consecuencia, mientras tal derecho de aprovechamiento no se constituya de acuerdo a las normas establecidas en la ley, tal derecho no existe" (Rol 260/1997, c. 8).

22 T.C., Rol 1309/2009, cc. 3 a 6.

23 Así, se ha expresado que "De las normas transcritas fluye con claridad que las aguas, salvo las excepciones expresamente contempladas en la ley, son bienes nacionales de uso público y, por ende, no son susceptibles de apropiación privada, y que el derecho de aprovechamiento sobre ellas es un derecho real que se constituye originariamente por acto de autoridad, conforme a un procedimiento complejo, que se inicia con el acto de petición a la autoridad y concluye cuando el funcionario competente dicta una resolución, constituyendo el derecho conforme a la potestad reglada entregada a la Administración, la cual debe reducirse a escritura pública e inscribirse en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces correspondiente. Conforme a lo anterior, la recurrente tiene el dominio de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, derecho privado de naturaleza esencialmente patrimonial, que es una cosa incorporal. El derecho referido le otorga la facultad de usar y gozar de los bienes muebles sobre los que recae el derecho. Ahora bien, el ejercicio particular del derecho de aprovechamiento de aguas que tiene la recurrente no impide que la Dirección General de Aguas cumpla con su función de constituir derechos de aprovechamiento en la medida que el recurso esté disponible y que el otorgamiento del derecho no produzca perjuicio a terceros, todo ello conforme al detallado procedimiento contemplado en el Código de Aguas. "CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen 24.651/2008. También dictámenes" 17.971/2009 y 57.304/2006.

24 Como se ha visto, en Chile, en términos generales, las aguas no son susceptibles de apropiación privada y, por tanto, es imposible, en derecho, que la recurrente sea dueña de ellas. La Constitución Política de la República, en su artículo 19, N° 24 inciso final, 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". Consecuentemente, la Ley Suprema asegura el dominio no sobre las aguas mismas, que constituyen bienes nacionales de uso público, sino sobre el derecho de aprovechamiento de ellas constituido en conformidad a la ley. Luego, lo que la recurrente puede tener es el dominio de algún

Su estatuto es similar a la propiedad raíz^{25 26}.

Se ha dictaminado también que de la lectura de la norma constitucional, existe plena libertad para la adquisición de los derechos de aprovechamiento de aguas²⁷.

En todo caso, el mismo ente contralor ha resaltado la existencia de plena libertad de transferencia de la propiedad²⁸.

Del mismo modo, se ha recordado que se trata de un derecho no sujeto a plazo²⁹.

Finalmente, en relación al alcance del texto constitucional, en la parte que se refiere a los derechos "reconocidos o constituidos", se ha puntualizado su alcance respecto de títulos inscritos como también consuetudinarios³⁰.

derecho real de aprovechamiento de aguas subterráneas. Se trata de un derecho privado de aprovechamiento, de carácter patrimonial, que evidentemente es una cosa incorporal". CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen 28.371/2003.

- 25 "A los derechos de aprovechamiento inscritos en el Registro indicado se les aplican todas las disposiciones que rigen la propiedad raíz inscrita, es decir, las contenidas en el Código Civil. Entonces, la inscripción de los derechos de aprovechamiento en tal registro constituye, requisito, prueba y garantía de la posesión de dicho derecho real. Por ende, la posesión inscrita de ese derecho solo puede cesar mediante la cancelación de la respectiva inscripción, por alguna de las tres formas señaladas taxativamente en el art.728 de este último código, sea por voluntad de las partes, por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro o por decreto judicial". CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen 20.938/2008.
- 26 En esta materia se ha indicado que "el derecho de aprovechamiento sobre las aguas es un derecho real que se constituye originariamente por un acto de autoridad, conforme al procedimiento establecido en el Código de Aguas, que culmina con la resolución constitutiva del derecho, inscrita en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo", de modo que "antes de dictarse el acto constitutivo del derecho de aguas, de reducirse éste a escritura pública e inscribirse en el competente registro, el competente registro, el derecho de aprovechamiento no ha nacido al mundo del derecho, pues precisamente emerge, originariamente, en virtud de la mencionada resolución y su competente inscripción". CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen 19.545/2005.
- 27 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen 38.064/2006.
- 28 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen 31.990/2007.
- 29 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen 25791/1998.
- 30 "Cabe tener presente que las aguas son consideradas bienes nacionales de uso público, cuyo universo no se restringe sólo a los derechos de aprovechamiento inscritos, sino que el Código del ramo reconoce jurídicamente usos consuetudinarios no formalizados, que no están inscritos ni regularizados en registro ni catastro público alguno. Al respecto, la Carta Fundamental señala en su artículo 19 N° 24, inciso final, que: "los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley,

VI. REFORMA CONSTITUCIONAL

Una materia tan relevante como la que motiva estas líneas solo podría modificarse a través de una reforma constitucional que alterara el derecho de propiedad de los titulares de los derechos de aprovechamiento de agua. Aun así, no podría tener efecto retroactivo.

En tal sentido, cabe citar un proyecto de reforma constitucional³¹ en el que se propuso eliminar el inciso final del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República de Chile y adicionalmente agregar dentro del derecho a la libre adquisición de los bienes, reconocido en el artículo 19 N° 23 constitucional, tres disposiciones que aluden a la naturaleza de las aguas, su regulación legal y el otorgamiento de potestades a la autoridad administrativa³². El proyecto de reforma alude a una serie de consideraciones por parte del poder constituyente derivado, referentes a aspectos ambientales y al alcance de la propiedad sobre las aguas³³.

otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos". En suma, "La Constitución Política de la República, en su artículo 19, N° 24 inciso final, 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". Consecuentemente, la Ley Suprema asegura el dominio no sobre las aguas mismas, que constituyen bienes nacionales de uso público, sino sobre el derecho de aprovechamiento de ellas constituido en conformidad a la ley. Luego, lo que la recurrente puede tener es el dominio de algún derecho real de aprovechamiento de aguas subterráneas. Se trata de un derecho privado de aprovechamiento, de carácter patrimonial, que evidentemente es una cosa incorporal. El artículo 583 del Código Civil establece: "Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo". Ahora bien, en el caso del derecho de aprovechamiento de aguas, éste consiste en la facultad del titular de usar y gozar de ellas, al tenor de lo previsto en el citado artículo 6°. Lo anterior importa el uso y goce de los bienes muebles sobre los que recae el derecho". CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA, Dictamen 56.046/2003.

31 Boletín 6816-07.

32 Se propone: a) "Las aguas son bienes nacionales de uso público, cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que sigan, incluidos los glaciares; b) Corresponderá a la ley regular el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que sobre las aguas se reconozca a los particulares, considerando la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos y, especialmente, la situación de las cuencas hidrográficas. Dichos derechos otorgarán a sus titulares la propiedad sobre los mismos. La ley podrá establecer limitaciones y obligaciones al ejercicio de éstos, en conformidad con lo prescrito en el inciso 2° del numeral 24 de este artículo; y c) La autoridad competente tendrá la facultad de reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas, para asegurar la disponibilidad del recurso hídrico".

33 "El agua es fuente de vida y desarrollo. Además, constituye la base del medio ambiente, el eje de nuestros pueblos originarios, es insumo esencial para la producción de bienes y servicios y forma parte integrante del paisaje y origen de nuestras cuencas hidrográficas.

De acuerdo con nuestra legislación vigente, las aguas son bienes nacionales de uso público, lo que implica que el dominio de ellas pertenece a la Nación toda y su uso a todos los habitantes de aquélla. Tal reconocimiento se encuentra en el artículo 595 del Código Civil y en el artículo 5° del Código de Aguas. Es decir, la calidad de bien nacional de uso público o bien público del agua se encuentra exclusivamente reconocida en la ley y no en la Constitución.

La normativa del Código de Aguas se aplica exclusivamente a aguas terrestres, las que, por antonomasia, corresponden a aguas dulces.

Cabe señalar, por lo demás, que solo el 3% del agua existente en el planeta es dulce y, que de este pequeño porcentaje el 70% se encuentra en estado sólido en los polos y glaciares, por lo que no puede ser fácilmente aprovechada.

El agua disponible es escasa y limitada, de ahí la importancia de su regulación y protección. Paradójicamente, nuestra Ley Fundamental se encarga de reservar para el Estado "El dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas" dejando afuera el bien más preciado: el agua. Es más, el propio constituyente establece la obligación para el titular de la concesión minera "a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento", obligación que no se produce respecto del uso del agua. Dicha falta de equilibrio en la regulación, se manifiesta de manera más evidente, frente al mandato al legislador de contemplar "causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión", lo que ocurrió con el Código de Minería de 1983.

Este desbalance se produce de manera más radical, cuando se examina el estatuto jurídico de las sustancias no susceptibles de concesiones mineras, como ocurre con los hidrocarburos líquidos o gaseosos, los que pueden ser explotados sólo por el Estado, y, excepcionalmente, mediante concesiones administrativas o contratos de operación, las que pueden ser dejadas sin efecto sin expresión de causa cuando dichos yacimientos se encuentren en zonas que "se determinen como de importancia para la seguridad nacional".

Chile enfrenta un desafío producido por el aumento de la población y su crecimiento económico, cual es la fuerte expansión de la demanda por agua. En efecto, el aumento de requerimiento del recurso para el consumo humano, minería, agricultura, industria, turismo, medio ambiente, entre otros, genera un mayor desbalance entre la oferta por el vital elemento y su demanda, lo que ya ha producido situaciones de conflictividad dentro de varias cuencas del país, situación que se verá agravada con el devenir del tiempo.

En un país como Chile, en que el agua ha pasado a ser un bien escaso y que se encuentra marcado por graves desequilibrios hídricos debido a su irregular distribución, la adecuada planificación de los recursos hídricos en las cuencas se impone como una necesidad de primera línea.

En adición a dichos problemas, enfrentamos un desafío respecto del cual aún no sabemos su verdadero impacto, y sólo tenemos certeza de su inminencia, cual es, el fenómeno del Cambio Climático. Este proceso ha llevado a todos los países del planeta a adecuar sus legislaciones para estar preparados de manera de contar con potestades públicas eficaces y eficientes que permitan de la mayor manera posible, atenuar las perniciosas consecuencias que en esta materia sufriremos.

A diferencia de la situación que ocurría el año 1980, hoy la escasez del agua ha transformado la disponibilidad de este vital elemento en un asunto de seguridad nacional, mucho más que la disponibilidad de los hidrocarburos. Estos últimos se pueden importar de cualquier parte del mundo, como ocurre hoy. El agua no. Es por eso que para todos los países que tienen una geografía árida o semiárida como la nuestra, han relevado el tema de la protección y cuidado del agua como un asunto de seguridad nacional, lo que debe ser recogido por nuestra Constitución.

Cabe tener presente la existencia de diversos proyectos de ley, que precisamente se invocan³⁴.

La propia Constitución Política establece, en el numeral 8° de su artículo 19, que es "deber del Estado velar para que" (...) "el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación" (...) "no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza".

Dada la importancia del agua, como elemento vital de subsistencia, estratégico y necesario para el desarrollo de múltiples actividades productivas y económicas, y en especial considerando que en escenarios de escasez adquiere una connotación geoestratégica y de seguridad nacional, es imprescindible que nuestra Carta Fundamental reconozca a las aguas como bienes nacionales de uso público, de manera de elevar tal consagración a rango constitucional, cualquiera sea el estado en que se encuentren éstas, esto es líquido, sólido y/o gaseoso quedando en dicha categoría, sin discusión alguna, nuestro oro blanco: los glaciares y nieves. Recordemos que la calidad de bien nacional de uso público del agua está reconocida en nuestra legislación tanto en el Código de Aguas, como también en el Código Civil; en dicho sentido, la reforma propuesta tiene por objeto consagrar a nivel constitucional los principios que Andrés Bello introdujo en nuestra legislación nacional hace ya más de un siglo.

El propio Constituyente, en el inciso 2° del número 24 del art. 19, establece que como obligación y limitación al derecho de propiedad, la función social que deriva de ese derecho, lo que "comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental", función social que, en materia de derecho de aprovechamiento de aguas, no se encuentra de manera alguna recogida ni en la Constitución ni en el Código de Aguas.

Por su parte, existe actualmente en la Constitución el reconocimiento de derechos de los particulares sobre las aguas y la propiedad de sus titulares respecto de ellos, sin embargo resulta fundamental consagrar en ésta los mecanismos de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos de los particulares sobre las aguas como también la facultad de reservar aguas.

Nuestro país tiene una larga tradición normativa en la regulación del uso del agua, lo que ha permitido un desarrollo económico y social de gran envergadura, tanto en la agricultura, hidroelectricidad, minería, celulosa y acuicultura, entre otros. Sin embargo, el año 1981 con la entrada en vigencia de un nuevo Código de Aguas, se produjo un desbalance entre el bien común y los intereses de unos pocos particulares, desbalance que requiere ser corregido. En efecto, dicha normativa dio origen a una concentración desproporcionada de derechos de aprovechamiento para fines hidroeléctricos, concentrando, según lo ha resuelto el tribunal de Defensa de Libre Competencia, el noventa por ciento de tales bienes en sólo tres empresas.

De alguna manera, tal desbalance se corrigió parcialmente por la ley 20.017, estableciendo nuevas facultades para la Administración del Estado. Sin embargo, muchas de las correcciones necesarias no pudieron implementarse por las deficiencias Constitucionales que nuestro país tiene en esta materia".

- 34 La gran cantidad de proyectos de ley presentados por diversos senadores y diputados para darles a las aguas un reconocimiento y regulación constitucional especial, denota la trascendencia e importancia que tiene para el país y para todos los chilenos legislar sobre estas materias. Ejemplos de lo anterior son el proyecto de ley presentado por los diputados Mario Acuña Cisternas y Rubén Gajardo Chacón, el 7 de abril del año 1992, denominado "Modifica el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, en lo relativo al régimen jurídico de propiedad de las aguas"; el ingresado el 9 de febrero de 1996 por los senadores Mariano Ruiz-Esquide Jara, Andrés Zaldívar Larraín, Carmen Frei Ruiz-Tagle, Sergio Páez Verdugo y Manuel Antonio Matta Aragay, en lo relativo a la caducidad del derecho de aprovechamiento de aguas; el ingresado por los senadores Nelson Ávila Contreras, Guido

Finalmente se agregan otras consideraciones, entre otras, la no afectación de la certeza jurídica, no pudiendo vulnerar los derechos ya adquiridos.³⁵

Girardi Lavín, Alejandro Navarro Brain, Carlos Ominami Pascual y Mariano Ruiz-Esquide Jara, el 30 de septiembre del año 2008, denominado "Proyecto de reforma constitucional sobre dominio público de las aguas"; el formulado el día 19 de noviembre de 2008 por los diputados Marcelo Díaz Díaz, Marco Espinoza Monardes, Antonio Leal Labrín, Adriana Muñoz D'Albora y José Miguel Ortiz Novoa, denominado "Introduce modificaciones al Código de Aguas"; y finalmente el propuesto por los diputados René Aedo Ormeño y Francisco Chahuán Chahuán, el 16 de diciembre del año 2008, individualizado como "Modifica el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, con el objeto de establecer que las aguas tienen la calidad de bienes nacionales de uso público". Por su parte, reconociendo la diversidad geográfica del país y sus zonas y condiciones climáticas disímiles, que determinan variaciones extremas en temperatura, pluviosidad, regímenes de viento, densidad demográfica, entre otros, el H. senador Ricardo Núñez Muñoz presentó, el 7 de octubre de 2008, un proyecto de reforma constitucional, que tiene por objeto reconocer en nuestra carta magna que la exploración y explotación de derechos de aprovechamiento de aguas debe ser establecida por ley, de conformidad a nuestra diversidad geográfica y climática y a la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos, modificación incorporada al presente mensaje. Asimismo, el senador Antonio Horvath Kiss ha presentado diversos proyectos de ley y reformas constitucionales que tienen por objeto proteger los glaciares (16 de mayo de 2006), garantizar el acceso y uso del agua (10 de diciembre de 2008) y promover la regionalización de los recursos naturales (31 de marzo de 2009), lo que denota una constante preocupación por la protección y conservación de los recursos naturales y medioambientales. El proyecto relativo a la protección de glaciares fue presentado conjuntamente por los senadores Guido Girardi Lavín, Alejandro Navarro Brain, Carlos Bianchi Chelech y Carlos Kuschel Silva. Además, en lo tocante a la tutela de los glaciares, el entonces diputado don Leopoldo Sánchez Grunert presentó, el 16 de agosto de 2005, un proyecto de ley destinado a prohibir la ejecución de proyectos de inversión en glaciares.

- 35 "Es dable destacar que la reforma a la Carta Fundamental que se propone en esta materia, conserva en su integridad el dominio que los titulares actuales tienen sobre sus respectivos derechos reales de aprovechamiento de aguas, constituidos y reconocidos en conformidad a la ley, como asimismo las facultades inherentes a su carácter de propietarios.

En estas condiciones la enmienda al Código Fundamental, no afecta la certeza y seguridad jurídica de los propietarios de los derechos reales de aprovechamiento de aguas, para emprender o desarrollar actividades económicas y productivas con reglas claras y precisas que garanticen las inversiones que realicen para tales fines.

A su vez, la enmienda propuesta facilita el acceso al recurso hídrico a personas que tenían escasas posibilidades de adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas por acto originario de autoridad, bajo el marco regulatorio vigente.

Por otra parte, la reforma entrega las herramientas necesarias a las autoridades competentes, para, en caso de ser imprescindible, limitar o restringir el ejercicio de los derechos, o reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar la disponibilidad del vital elemento. La inclusión de dichas herramientas se justifica a la luz de la necesidad de establecer que, dentro de los diversos usos que pueden recibir, y de hecho reciben las aguas, debe darse prioridad al consumo humano.

Por lo anteriormente expuesto, es preciso introducir modificaciones en el numeral 23 del artículo 19, eliminando, a su vez, el inciso final del numeral 24 del mismo artículo de nuestra Carta Magna. Lo anterior, con el objeto de que las aguas y los derechos de los

VII. CONCLUSIÓN

De esta manera, respecto de dicho derecho de aprovechamiento de agua existe una absoluta protección constitucional, permitiéndoles a sus titulares usar, gozar y disponer del mismo, el que tiene carácter de derecho real inmueble, de acuerdo a la actual normativa del Código de Aguas. Una vez constituido el derecho de aprovechamiento se incorpora en propiedad a su titular, encontrándose amparado por la garantía constitucional, tal como se desprende de la historia fidedigna de la norma y como lo ha reconocido la doctrina y jurisprudencia. Así las cosas, el titular del derecho de propiedad sobre las aguas no puede ser privado de él -ni de sus atributos- sino en virtud de una expropiación, tal como ocurre en el régimen general, teniendo derecho en tal caso a ser indemnizado por el daño patrimonial efectivamente causado, en los términos que señala el artículo 19 N° 24 constitucional.

particulares sobre éstas, se consagren, regulen, reconozcan y protejan de forma íntegra, armónica, sistemática y conjunta”.

BIBLIOGRAFÍA

ARANCIBIA MATTAR, J. *et al* (2008). Actas del Consejo de Estado. Tomo I.

BLANC, N. (1990). La Constitución Chilena. CEAL, Universidad Católica de Valparaíso.

EVANS DE LA CUADRA, E. (2004). Los derechos constitucionales. Tomo III, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

CEA EGAÑA, J. L. (2012). Derecho Constitucional Chileno Tomo II, Ediciones UC.

CELUME BYRNE, T. (2013). Régimen público de las aguas. Santiago Legalpublishing.

NAVARRO BELTRÁN, E. y CARMONA SANTANDER, C. (2015). Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2015. Cuadernos del TC N° 59.

VERDUGO MARINKOVIC, M. (1988). Derecho Constitucional. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile.

VERGARA B. A. (2014). Crisis institucional del agua. Legalpublishing.

Actas de la Comisión de Estudio de la Constitución:

https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r

Jurisprudencia del TC: www.tcchile.cl

Jurisprudencia de la CS: www.pjud.cl

Dictámenes de la CGR: www.contraloria.cl