

# LA DEMANIALIDAD DE LAS AGUAS

Francisco Zúñiga Urbina\*

## RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo esclarecer las bases sobre las que se configura un nuevo régimen jurídico de las aguas, su protección y aprovechamiento, analizado desde la perspectiva del derecho constitucional y de los conceptos de demanio o dominio público, para llegar así a lo que hemos definido como demanialidad o dominialidad de las aguas.

## INTRODUCCIÓN

El nuevo régimen jurídico de las aguas hace necesario que realicemos un análisis desde la perspectiva del derecho constitucional y desde el concepto de dominio público. Usamos el italianismo *demanio* (del latín "*demanium*") como sinónimo del término dominio público, aunque algún jurista clásico nos aventaría una dura crítica al maltratar la lengua de Cervantes.

En las últimas semanas mucho se ha cuestionado la reforma de diversas normas constitucionales y legales que son parte del marco regulatorio de las aguas en nuestro país, entre ellas la modificación del Código de Aguas, tildándola de inconstitucional y expropiatoria, sobre todo por parte del empresariado agrícola<sup>1</sup>.

---

\* Abogado, Licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, postgrado en Derecho Comparado, Universidad Complutense y en Derecho Constitucional, por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España. Profesor Titular de Derecho constitucional de la Universidad de Chile.

1 El presidente de la Sociedad Nacional de Agricultura, Patricio Crespo Ureta, se ha referido al proyecto de reforma del Código de Aguas como una especie de expropiación encubierta sin indemnización, "al no mediar ley de expropiación que lo habilite para privar a los dueños de los derechos de aguas vigentes de los atributos que son de la esencia del derecho de propiedad, como son la facultad de usar, gozar y disponer a perpetuidad y sin limitaciones del derecho del que se es dueño (Art. 19 n° 26 de la Constitución)". Columna en El Mercurio, 12 de octubre de 2016.

Hoy el debate se ha generado también en el área académica con diversas interpretaciones del régimen jurídico de las aguas y el efecto que tendría la reforma que se tramita actualmente. Por una parte, los profesores Fernando Atria y Constanza Salgado, quienes basados en el carácter del agua como bien nacional de uso público consideran que el legislador tiene una competencia amplia para determinar y cambiar el régimen que la regula, por lo que sería perfectamente constitucional. Así, es el texto constitucional el que dispone en su artículo 19 N° 23 que los bienes nacionales de uso público no son susceptibles de apropiación y por tanto no hay propiedad privada, por lo que "compete al legislador (mediante ley ordinaria) regular el régimen de los derechos de aprovechamiento. Dicha regulación tiene por objeto realizar la finalidad pública de las aguas"<sup>2</sup>. Agregan además que la "propiedad" sobre los derechos de aprovechamiento es compatible con que las aguas sean bienes nacionales solo si se trata de una propiedad que es resultado de una decisión política legislativa, no un derecho constitucionalmente protegido que obliga al legislador. Es decir, esa propiedad se explica no porque los titulares tengan derecho constitucionalmente garantizado, sino porque el "legislador" de 1981 decidió que el mercado era la manera más conveniente de regular<sup>3</sup>. En este sentido, la regulación de los bienes nacionales y su uso son materia de reserva legal y no están fijados en el texto constitucional.

Por otra parte, los profesores Enrique Navarro y Juan Colombo, en una interpretación diferente, consideran que los derechos de aprovechamiento de las aguas tendrían un carácter de perpetuos e indefinidos, modificándose con la reforma al Código de Aguas su naturaleza jurídica al establecer mecanismos de caducidad y agregar facultades para limitar el ejercicio a la Administración. Así, declaran que existiría una absoluta protección constitucional al derecho de aprovechamiento, pudiendo los titulares ejercer las facultades del dominio, lo que se justificaría en parte porque "Las aguas son bienes nacionales de uso público, por definición exclusivamente legal y no constitucional, confiriéndosele a los particulares derechos de aprovechamiento para usar y gozar de las mismas. El constituyente prefirió no definir la calidad jurídica de las aguas, fortaleciendo los derechos de los particulares sobre las aguas constituidos en conformidad a la ley, con todas las características propias del derecho de dominio, incentivando así la iniciativa particular en el aprovechamiento de las aguas lluvias y en todo el proceso de regadío del campo"<sup>4</sup>. Esta interpretación resulta en una supuesta privación de la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, lo que devendría necesariamente en una expropiación y por tanto en una

---

2 ATRIA, F. y SALGADO, C. (2016).

3 Ídem.

4 COLOMBO, J. y NAVARRO, E. (2016).

indemnización, lo que no contempla el actual proyecto de ley, considerándolo así inconstitucional.

A ello los profesores Atria y Salgado responden que la regulación sobre el derecho de aprovechamiento de aguas es diferente al derecho de propiedad protegido por el artículo 19 N°24, ya que es un bien que está excluido de la protección constitucional de la propiedad privada al pertenecer a la Nación toda, lo que resultaría en meras declaraciones si se opta por la interpretación de los profesores Colombo y Navarro. Indican sobre el artículo 19 N°24 que "La consecuencia más importante es asegurar la titularidad de los derechos de aprovechamiento frente a cambios regulatorios"<sup>5</sup>, y no una protección constitucional sobre la propiedad privada a sus titulares.

Sin embargo, a las opiniones expresadas es menester agregar que el escenario actual en el que se encuentra nuestro país es complejo, no solo por sus particularidades geográfica-climáticas, sino también por el uso intensivo (minero, industrial, hidráulico, silvoagropecuario, entre otros) que se ha dado a los recursos hídricos, los cuales son fundamentales para la supervivencia humana y el ecosistema. Por otra parte, algunas críticas a la reforma del régimen jurídico de las aguas ignoran, además, que el aprovechamiento del recurso hídrico para fines privados no es un derecho adquirido como pretenden, ni menos un bien apropiable, sino que fue históricamente pensado y decidido así por el legislador como bien nacional de uso público con contenido público, según lo regula el Código Civil en sus artículos, 585 y 595 y nuestra Constitución en el artículo 19 N°23, y que se remonta, en su antecedente directo, a la Ley de Reforma Agraria N° 16.640, y a la reforma constitucional de la "reforma agraria" que en 1967 el gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva materializara.

En efecto, la Ley N°16.640 de Reforma Agraria, derogada hace casi tres décadas en un intento del régimen autoritario de derogar la historia y negar la modernización del sector agrícola derivado del proceso reformador, contemplaba en su artículo 94 el régimen de aguas, señalando que "Todas las aguas del territorio son bienes nacionales de uso público. El uso de las aguas en beneficio particular solo puede hacerse en virtud de un derecho de aprovechamiento concedido por la autoridad competente, salvo los casos expresamente contemplados en el Código de Aguas", autorizando la expropiación de todas las aguas que mantuvieran dominio particular, dictándose además cerca de 500 decretos con fuerza de ley para regular diversos aspectos de la reforma agraria, dentro de ellos el Código de Aguas.

---

5 ATRIA, F. y SALGADO, C. (2016).

Por otro lado, la Ley N° 16.615 de 1967, que promulga la reforma constitucional de "reforma agraria", modifica la Constitución Política de 1925 incluyendo una nueva regla en el N° 10 del artículo 10, que en lo que nos interesa dispone: "La ley podrá preservar 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 solo 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".

Dichas normas fueron la antesala para que posteriormente en el Código de Aguas de 1981 el recurso hídrico se considerara como bien nacional de uso público (artículo 5º), lo que demuestra una continuidad jurídica respecto a la naturaleza demanial o dominical de las aguas terrestres en nuestro ordenamiento jurídico.

Una regulación moderna y responsable acerca de las aguas y su uso o explotación racional debe considerar no solo el uso privado en un aspecto económico, sino también su importancia ambiental, cultural y social. De lo contrario, de considerarse nuevamente solo una mirada económica, provocaría problemas aún más graves que hoy se encienden, tales como el acceso y abastecimiento, escasez, contaminación y uso en diversas industrias y sectores económicos.

En este contexto, el nuevo proyecto, que fue aprobado por la Cámara de Diputados el 23 de noviembre de 2016 y que hoy se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado, definió diversos ejes, entre ellos, (i) la generación de mayor seguridad y equidad en el acceso, sumado a la mayor estabilidad en el abastecimiento; y, (ii) establecer el agua como derecho esencial, que permita al Estado dar mayor protección y aseguramiento en el consumo y usos primarios en diversos ámbitos, lo que aumenta la ansiedad y la especulación de los privados respecto al derecho de aprovechamiento.

## **I. MARCO JURÍDICO DEL AGUA**

La situación jurídica de las aguas no ha variado de forma significativa a lo largo de la historia, concibiéndose desde tiempos remotos en una concepción regalista. En efecto, desde el derecho medieval podemos encontrar diversas

expresiones de la regulación de las aguas, entre ellas las leyes de Alfonso VII en las Cortes de Nájera de 1138, las que fueron posteriormente recogidas en las Ordenanzas Reales de Castilla como sigue: "todas las veneras de plata y de oro y de plomo y de otro qualquier metal de qualquier cosa que sean en nuestro señorío real pertenescen a nos. Por ende ninguno sea osado de las labrar, sin nuestra especial licencia, y mandado: y asimismo las fuentes, y pilas, y pozos salados, que son para facer sal, nos pertenescen./ Por ende mandamos, que recudan a nos con las rentas de todo ello; y que ninguno sea osado de se entremeter en ellas: salvo aquéllos a quien los Reyes pasados, nuestros progenitores, ó nos les hoviesemos dado por privilegio, ó las hoviesen ganado por tiempo, según se contiene en el título de las prescripciones"<sup>6</sup>.

Dichas expresiones se replican luego en otras recopilaciones legislativas hasta hacerse más concretas en la Novísima Recopilación en 1805, considerándose de esta forma a las aguas como regalías del Rey, lo que luego se iría clarificando hasta llegar a la propiedad de las aguas por parte del Rey, "por lo tanto, en tal época ya quedaba asentada en el derecho histórico español la concepción dominical pública de todas las aguas susceptibles de aprovechamientos particulares, traduciéndose, desde el punto de vista jurídico, en la consideración de las aguas como una regalía más, que forma parte del Real Patrimonio"<sup>7</sup>. A ello debemos agregar como consecuencia la necesidad de la intervención de la administración a través de una concesión (privilegio) sujeta a las condiciones jurídicas y a la voluntad del Rey.

Otros antecedentes de la concepción regalista de las aguas pueden encontrarse en las Sietes Partidas, incluyendo características importantes tales como la imprescriptibilidad ("E aun decimos que tributos, o pechos, o rentas, o otros derechos cualesquier que pertenezcan al Rey, o que hayan costumbre o usado de darle, que los non puede ganar por ninguno por tiempo, nin se pueden escusar que no los den") e inalienabilidad ("non debe por esso entender aquel a quien lo da, que gana derecho en ellas. E esto es porque son de tal natura, que ninguno non las puede ganar")<sup>8</sup>. También en dichas partidas se señalan, dentro del señorío, las cosas que pertenecen a todas las personas: "Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que biven en este mundo, son estas; el ayre, e las aguas de la lluvia, e el mar; e su ribera", estableciéndose su calidad pública y regulándose el aprovechamiento de las aguas por parte de particulares.

---

6 ORC. 6, 1, 8. Ley intitulada: Que todas las veneras pertenescen al Rey. En: VERGARA, A. (1991), pp. 140.

7 En: VERGARA, A. (1991), pp. 141.

8 Ídem.

De este modo podemos encontrar continuidad en la historia de la regulación jurídica de las aguas, tanto en su dominio común como en la definición de un sistema concesional, debiéndose una renta por el uso del bien. Además, los particulares no podían adquirir el dominio o disminuir con el uso de la concesión, configurándose una especie de derecho de aprovechamiento, regulado siempre a través de una intervención de la administración<sup>9</sup>.

En materia de dominio público de las aguas en Chile, no ha habido mayores cambios, ni aun en sus modificaciones más conocidas, a saber, el Código de Aguas de 1951, modificaciones de 1969 que extendieron el dominio público a las aguas privadas, expropiándolas, ni con el actual Código de Aguas de 1981. Este último ratifica la condición de recurso hídrico como bien nacional de uso público, el que en su artículo 5º señala: "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". Hoy, la última reforma al Código de Aguas aún en tramitación contempla un nuevo artículo 5º más robusto en protección y claro en las facultades de la Administración, redactándose en los siguientes términos:

Artículo 5º.- Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación.

En función del interés público, se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas a los particulares, los cuales podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones de este Código.

Para estos efectos, se entenderá por interés público las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y las actividades productivas.

El acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado.

No se podrán constituir derechos de aprovechamiento en glaciares.

En el caso de los territorios indígenas, el Estado velará por la integridad entre tierra y agua, y protegerá las aguas existentes para beneficio

---

9 Consultar VERGARA, A. (1991), pp. 137-161.

de las comunidades indígenas, de acuerdo a las leyes y a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Este derecho de aprovechamiento se constituye como un derecho real (administrativo) que consiste en el uso y goce de ellas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe la ley. Sin embargo, no debe ignorarse la redacción del artículo 585 del Código Civil que señala: "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". Luego, es el artículo 595 del mismo Código el que en armonía con el Código del ramo le confiere el carácter de bien nacional de uso público a las aguas.

Por otra parte, la Constitución de 1980 consagra un catálogo de derechos fundamentales, entre ellos el artículo 19 N° 24 que reconoce el derecho de propiedad y extiende éste a los derechos de aprovechamiento (y por ende a los títulos concesionales), disponiendo en su inciso final 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". Tal derecho de propiedad se alega vulnerado en la crítica a la reforma del Código de Aguas, obviando la naturaleza demanial de las aguas, que de suyo da cobertura a los títulos de intervención estatal fundado en el interés público de protección del recurso hídrico y uso o explotación racional de éste, y, adicionalmente, se obvian los alcances abiertos de las garantías constitucionales de reserva de ley y de función social del derecho de propiedad.

Consignamos sumariamente dos alcances garantistas de la regla del inciso final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución:

- Reserva de ley de los "derechos de los particulares sobre las aguas", ya que los derechos se reconocen o constituyen en conformidad a la ley;

Reconocer el agua como bien nacional de uso público trae una serie de consecuencias de orden jurídico, entre ellas considerar este bien como perteneciente a la Nación toda, sometiéndose, por tanto, a un estatuto especial en la esfera de regulación del derecho público, lo que le otorga las características de imprescriptibilidad, incomerciability, inembargabilidad y no susceptibilidad a hipotecas y otros gravámenes de derecho común.

- Garantías constitucionales del derecho de propiedad circunscrito a los derechos de aprovechamiento y, entre ellas, las garantías de función social y expropiación.

Así, reconocer que la propiedad tiene dentro de sus elementos configurativos la función social permite delimitar y limitar el ejercicio del derecho cuando el interés público y el bien común lo requieran, como sucede con las aguas.

En definitiva, los caracteres propios del dominio público o *demanio*, categoría dogmática que resulta aplicable al agua en Chile (aguas terrestres), son los siguientes:

1. La titularidad es usualmente atribuida a la Administración, no según los parámetros de la propiedad, sino como una forma de "atracción" de los bienes, a la esfera de organización y de potestades inherentes a la Administración.
2. El demanio es indisponible *ab initio* y por tanto queda excluido de la autonomía de la voluntad en sede contractual, para efectos de su disposición. Su fundamento es la conexión entre la cosa y los fines a los que sirve, sin los cuales se desnaturaliza.
3. El dominio público es inalienable, por cuanto existe una prohibición absoluta y total de enajenar los bienes que lo componen, la que se extiende a una interdicción de los actos que buscan dicho fin.
4. El demanio es imprescriptible, es decir, estos bienes no pueden ser adquiridos por el transcurso del tiempo, ni el Estado perderlos correlativamente, por efecto de las reglas de prescripción del derecho común.

Asimismo, y desde la perspectiva de la aplicación de las categorías conceptuales de nuestro derecho positivo, particularmente del derecho común, los caracteres de los bienes que conforman el dominio público en Chile, particularmente el de las aguas, categorizadas así en el Código de Aguas y en el Código Civil, son<sup>10</sup>:

1. El dominio pertenece a la Nación toda, carácter que comparte con los bienes fiscales;

---

10 Siguiendo la caracterización hecha en Zúñiga (2005), pp. 93-94.

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

En suma, nuestra opinión es que la mentada "precarización" de los derechos de aprovechamiento de aguas no es fruto de una devaluación ideológica y político-legislativa de la protección patrimonial y constitucional de los derechos de privados en las aguas terrestres sino una consecuencia "natural" de la naturaleza jurídica demanial o dominical de las aguas, que abre a su régimen jurídico a nuevos títulos de intervención del Estado y su Administración, nuevos títulos fundados en el interés público exigido para un uso o explotación racional de los recursos hídricos. Las garantías constitucionales de reserva de ley y función social simplemente vienen a superponerse a la protección constitucional de los derechos privados, compatibilizando la republicación de las aguas y precarización con la propiedad privada.

Finalmente, solo resta observar en la crítica a la reforma al Código de Aguas un escoramiento ideológico defensivo de la "propiedad de las aguas" como si ésta fuera una propiedad privada más desde el punto de vista del régimen legal y de los bienes en que recae, y de esta manera se iusprivatiza al menos en términos conceptuales y analíticos un régimen legal que en un continuum histórico-positivo o sin solución de continuidad, es un régimen publicado y de derecho público.

## II. PROSPECTIVA DE *CONSTITUTIONE FERENDA*

### a. Consagración del derecho al agua, objeto de moción de reforma constitucional (en tabla)

Junto con el proyecto de reforma del Código de Aguas, por moción de los senadores señores Girardi, Muñoz, Araya, De Urresti y Horvath, en el año 2011 se presentó un proyecto de reforma del artículo 19 de la Constitución Política para incluir de forma expresa dentro del catálogo de derechos fundamentales el derecho al agua<sup>11</sup>. El proyecto además señala como objetivos: (i) terminar con el sistema privatista y mercantilista del agua mediante una reforma constitucional que restablezca la propiedad del Estado sobre las aguas de la Nación; (ii) deber prioritario de conservar, proteger y usar de modo sostenible las aguas en manos de quienes estén, condición y presupuesto fundamental para ejercer derechos de uso o goce sobre ellas y, (iii) mandar a la ley para que establezca un orden de prelación del uso y destino de las aguas.

En particular, el proyecto de ley se plantea de la siguiente forma:

1. Derogar el inciso final del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política.
2. Agregar al artículo 19 de la Constitución el numeral 9:

“El derecho al agua y su acceso en cantidad y calidad suficiente para satisfacer las necesidades básicas individuales y colectivas.

El Estado deberá proveer de los servicios básicos necesarios para garantizar este derecho y el acceso al agua potable y el saneamiento (...)”.

Este proyecto se encuentra hoy en primer trámite constitucional y ha sido refundido con otros proyectos de reforma a la Constitución en su artículo 19 sobre el derecho humano al agua<sup>12</sup>.

Igualmente, la moción del boletín N°7543-12 para la reforma del Código de Aguas, contiene dentro de sus propuestas la consagración del derecho

---

11 Boletín N° 9.321-12.

12 Refundido con proyectos boletines N° 6254-09, 10497-07, 6141-09, 6697-07, 7108-07, 8355-07, 10496-07 y 6124-09.

al agua. En efecto, la moción señala que el nuevo diseño del régimen de aprovechamiento debe contener una nueva categoría de derecho, el agua como derecho esencial, permitiendo así al Estado "proteger y asegurar el agua para consumo humano y para los demás usos esenciales de desarrollo local, ambiental y territorial".

Lo mismo fue recogido en el texto ya aprobado por la Cámara de Diputados, que expresa en su artículo 5° que "El acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado". Sin embargo, dicha reforma no contempla la inclusión del derecho como parte del catálogo del artículo 19 de la Constitución Política, sino que solo su reconocimiento legal.

## **b. Consagración de la cláusula demanial o dominical en la Constitución**

Junto con lo anterior, debe reconocerse la calidad de bien de dominio público de las aguas con rango constitucional, además del rango legal que ya contempla el proyecto. La consideración anterior no obsta a los derechos de dominio u otros derechos reales que los particulares puedan tener sobre el derecho real administrativo de uso de este recurso. Así, en nuestro parecer, el problema no está en la declaración constitucional de bien público respecto de las aguas, sino en el estatuto de protección de los derechos de aprovechamiento de aguas que detentan los particulares respecto del uso del recurso hídrico. En ese ámbito es donde se debe poner atención en los proyectos de reforma en materia de aguas.

## **c. Imposición de un *royalty* o exacción a beneficio del Estado derivado de la explotación (usos diferenciados) del recurso hídrico**

Esta configuración del recurso hídrico, su demanialidad y la función social de la propiedad, trae como consecuencia que su aprovechamiento y uso no se basa en la facultad de dominio de particulares. En este sentido "obliga", lo que se expresa, entre otras cosas, en el establecimiento de *royalties* a la actividad extractiva y de explotación de recursos naturales por parte de los particulares.

El *royalty*, cuyo sinónimo en español es regalía<sup>13 14</sup>, es el fruto, precio o renta que habrá de pagársele al titular de la propiedad de un recurso, en compensación de aquello que como dueño se desprende en equivalencia a la disminución de su patrimonio<sup>15</sup>. Más específicamente, aplicado al caso en comento, los royalties se pueden definir como "cantidades de dinero que pagan las empresas extranjeras al Estado en cuyo territorio explotan recursos naturales"<sup>16</sup>. El royalty también puede definirse como "la fracción del beneficio económico que el empresario paga al Estado por el derecho a explotar los recursos naturales"<sup>17</sup> y que puede tomar la modalidad de tasa (un porcentaje de los ingresos o utilidades) o un monto fijo (por ejemplo, dólares por tonelada).

La justificación de la aplicación de regalías a los recursos naturales descansa en el hecho de ser éstos parte del patrimonio ambiental del Estado y en su condición de escasez y proyección al futuro<sup>18</sup>. Así, "se hace posible cobrar el precio por uso del recurso que no es fácil (o posible) determinar a través de mecanismos directos, como el mercado, que al no tener precios tienden a ser sobreexplotados". Dicho de otra manera, los royalty surgen porque hay un problema en la valorización de los recursos naturales, debido a que no tienen un valor *in situ* (antes de ser extraídos)"<sup>19</sup>.

Por ello, se plantea la necesidad de compensar económicamente el detrimento patrimonial del Estado, por medio de la recaudación de un derecho previo a la aplicación de gravámenes impositivos que sirva funcionalmente como mecanismo de reinversión en ámbitos como el desarrollo tecnológico, que permita en el largo plazo generar riquezas equivalentes a aquellas que se disminuyen por efecto de la explotación de recursos finitos.

---

13 CABANELLAS, G. (1981), p. 257.

14 El Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española), p. 1308, indica que: "regalía. (Del lat. Regalis, regio). Preeminencia, prerrogativa o excepción particular y privativa que en virtud de suprema potestad ejerce un soberano en su reino o Estado; p. Ej., el batir moneda. (...) 5. Econ. Participación en los ingresos o cantidad fija que se paga al propietario de un derecho a cambio del permiso para ejercerlo (...)".

15 PFEFFER, E. (2012), pp. 283-302.

16 SERRA ROJAS, A. (2001), p. 1006.

17 CAWOOD.T. (2010), pp. 199-209.

18 En LOSADA MOREIRA, J. E IVONETE JULIANI, L. (2014), pp. 203-226, se expresan así respecto a la función del royalty: "El agotamiento de las reservas es una condición que debe evitarse en el proceso de explotación de los recursos naturales. Desde el punto de vista de la sostenibilidad, se desea mantener una reserva de recursos naturales para las generaciones futuras y evitar externalidades que degraden el medio ambiente. La explotación petrolera debe realizarse con el fin de promover una tasa de extracción que satisfaga las necesidades de la sociedad actual y que mantenga reservas disponibles para las generaciones futuras".

19 AINZÚA AUERBACH, S. (2010).

### III. CONCLUSIONES

En este contexto de reforma constitucional y del nuevo régimen jurídico para las aguas, es menester subrayar que en virtud de la naturaleza jurídica demanial o dominical de las aguas, el Estado refuerza su titularidad basado en el interés público que tiene como recurso y en su configuración como derecho fundamental. En este sentido, en perspectiva de *Constitutione ferenda* y *lege ferenda*, la regalía o *royalty* no aparece solo como una exacción a favor del Fisco, sino como un instrumento del Estado regulador en relación al uso (beneficio o explotación) de recursos hídricos. La modicidad de las "patentes" siguientes es demostrativa de su casi irrelevancia financiero-fiscal y político-pública<sup>20</sup>.

En suma, prospectivamente el abordaje constitucional y legal del agua debe hacerse desde la perspectiva de nuevos derechos fundamentales (derecho al agua) de las personas y de un nuevo régimen que asegure la publicación del recurso hídrico y su uso racional. Probablemente ello redundará en la precarización de los derechos de aguas constituidos en conformidad al Código de Aguas, pero esta precarización es consecuencia necesaria de la demanialidad de las aguas terrestres, y de la necesidad de disponer desde el Estado de un uso racional del recurso, que salvaguarde el interés público y el bien común.

---

20 Como consigna El Mercurio, las patentes cobradas por no utilización de aguas en el país llegó a una cifra cercana a los \$73.500 millones (US\$111 millones) por 5.082 derechos consuntivos y no consuntivos. "Cobro por agua no utilizada suma US\$111 mills.", El Mercurio, 17 de enero de 2017.

## BIBLIOGRAFÍA

AINZÚA AUERBACH, S. (2010). Royalty e Impuestos Ambientales: Alternativas de financiamiento. En: Le Monde Diplomatique, mayo de 2010.

ATRIA, F. y SALGADO, C. (2016). Sobre aguas e inconstitucionalidades. El Mercurio, 21 de noviembre de 2016.

ATRIA, F. y SALGADO, C. (2016). Sobre aguas e inconstitucionalidades. El Mercurio, 24 de noviembre de 2016.

CABANELLAS, G. (1981). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII, Buenos Aires Ed. Heliasta.

CAWOOD, T. (2010). The South African Mineral and Petroleum Resources Royalty Act-Background and Fundamental Principles. Resources Policy, 35.

COLOMBO, J. y NAVARRO, E. (2016). Reforma al Código de Aguas y la Constitución. El Mercurio, 22 de noviembre de 2016.

LOSADA MOREIRA, J. M., *et. al* (2014) El uso de una cuota variable de royalty para preservar las reservas de petróleo. Revista Galega de Economía, vol. 23, pág. 203-226.

PFEFFER, E. (2012). Propiedad minera y royalty. En: Derechos fundamentales, libro homenaje al profesor Francisco Cumplido, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Santiago, Ed. Jurídica.

SERRA ROJAS, A. (2001). Diccionario de ciencia política, México D.F, Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica.

VERGARA, A. (1991). Derecho de Aguas español medieval y moderno. Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. II.

ZÚÑIGA, F. (2005). Constitución y Dominio Público (Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres). En: Revista Ius et Praxis, 11 (2): pp. 65-101.