

**CAPÍTULO I:
DEL RÉGIMEN PÚBLICO DE LAS AGUAS Y LA
CREACIÓN DE TITULARIDADES PRIVADAS PARA
SU UTILIZACIÓN**

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° 3°, 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° 23° "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° 23° 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

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 agrícola¹.

* 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"². 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 regular³. 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"⁴. 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"⁵, 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"⁶.

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"⁷. 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 costumbrado 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")⁸. 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 administración⁹.

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, son¹⁰:

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 agua¹¹. 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 agua¹².

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^{13 14}, 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 patrimonio¹⁵. 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"¹⁶. 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"¹⁷ 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 futuro¹⁸. 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)"¹⁹.

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-pública²⁰.

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.