



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

PROYECTO DE REFORMA AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD DE LAS AGUAS

CLAUDIA HORTENSIA LUCERO BARAHONA

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para
optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor Guía: María Luisa Baltra

Santiago, Chile

2016

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
PARTE 1. CONDICIÓN JURÍDICA DE LAS AGUAS A TRAVÉS DE LA HISTORIA.....	6
1.1 LAS AGUAS EN ROMA.....	6
1.2 ÉPOCA MEDIEVAL.....	10
1.3 EL DERECHO MODERNO DE AGUAS.....	15
1.4 DERECHO INDIANO DE AGUAS.....	19
1.5 DERECHO NACIONAL DE AGUAS DESPUÉS DE LA INDEPENDENCIA (1818-1856).....	22
1.6 LEGISLACIÓN DE AGUAS DESDE 1857 HASTA FIN DE SIGLO.....	27
1.7 LEGISLACIÓN DE AGUAS DESDE PRINCIPIOS DE SIGLO HASTA ANTES DE LA CODIFICACIÓN.....	28
1.8 ÉPOCA DE LA CODIFICACIÓN.....	28
1.9 DERECHO DE AGUAS VIGENTE	37
PARTE 2: EL DOMINIO PÚBLICO	70
2.1 GENERALIDADES.....	70
2.2 LOS BIENES NACIONALES	73
2.3 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DOMINIO PÚBLICO	74
2.4 ELEMENTOS DEL DOMINIO PÚBLICO.....	78
2.5 PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL USO PÚBLICO EN LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO.	91
2.6 EL DOMINIO PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	92
2.7 BIENES QUE CONSTITUYEN EL DOMINIO PÚBLICO DEL ENTE ESTATAL.....	98
2.8 USOS PRIVATIVOS DEL DOMINIO PÚBLICO	101
2.9 DESAFECTACIÓN DE LOS BIENES NACIONALES.....	105
2.10 EL AGUA COMO BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO	105
PARTE 3: PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO DE LAS AGUAS.....	111
3.1 ASPECTOS GENERALES DEL DOMINIO PÚBLICO HÍDRICO	111
3.2 REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE AGUAS ENTRE 1992 Y 2012	114
BIBLIOGRAFÍA	149

INTRODUCCIÓN

El agua no sólo constituye uno de los elementos vitales para el ser humano, sino que también es fundamental para el desarrollo económico y social de toda comunidad. En efecto, fuera de su uso común normal, el agua es un recurso natural importante para el provecho económico de la industria, la agricultura, la minería, por mencionar algunas actividades económicas. Sin embargo, el agua es un componente escaso, cuyo uso erróneo e indiscriminado puede generar su pérdida y contaminación, con el consiguiente deterioro de los demás componentes de la naturaleza, desequilibrio ecológico y pérdida irremediable de los ecosistemas.

La realidad actual es que el mundo enfrenta una crisis de abastecimiento de agua. Un informe del Foro Económico Mundial¹ clasificó este tema como el segundo riesgo global de mayor impacto y entre los cinco riesgos más probables a nivel mundial.

La seguridad hídrica representa un desafío para muchos países que hoy enfrentan problemas complejos en este ámbito. Los cálculos muestran que, de seguir las prácticas actuales, el mundo enfrentará un déficit del 40 % entre la demanda proyectada y el suministro de agua disponible a fines de 2030. Actualmente, el 70 % del agua que se extrae a nivel mundial se destina a la agricultura. Para alimentar a 9000 millones de personas en 2050 se requerirá un aumento del 60 % en la producción agrícola y del 15 % en la extracción de agua. El mundo necesitará más agua para la generación de energía, pero hoy en día más de 1,3 millones de personas aún no cuentan con acceso a electricidad. Más de la mitad de la población mundial vive en zonas urbanas, cifra que crece rápidamente. Las aguas subterráneas se agotan más rápido de lo que se reponen. En 2025, cerca

¹ BANCO MUNDIAL. Gestión de recursos hídricos: panorama general. [fecha de consulta: 21 Octubre 2016]. Disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/topic/waterresourcesmanagement/overview>

de 1800 millones de personas vivirán en países o regiones donde la escasez de agua será total².

El cambio climático hará que la situación del agua sea aún más incierta. Un informe del Banco Mundial³ indica que si la temperatura del planeta aumenta en 4° Celsius, el estrés hídrico se intensificará en todo el mundo. Los aproximadamente 1000 millones de personas que viven en cuencas afectadas por monzones y los 500 millones que habitan en los deltas son especialmente vulnerables. Los países más pobres, que contribuyen en menor grado a este problema, serán los más perjudicados.

Así, el mundo no será capaz de cumplir los enormes desafíos del desarrollo del siglo XXI, si no mejora la forma en que los países administran sus recursos hídricos y se garantiza a las personas el acceso a servicios confiables de agua y saneamiento.

Es en este contexto que, el 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292⁴, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La Resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos.

² BANCO MUNDIAL. Agua: panorama general. [fecha de consulta: 21 Octubre 2016]. Disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/topic/water/overview>

³ BANCO MUNDIAL. Nuevo informe examina los riesgos de un aumento de 4 grados de la temperatura del planeta para finales de este siglo. [fecha de consulta: 21 Octubre 2016]. Disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2012/11/18/new-report-examines-risks-of-degree-hotter-world-by-end-of-century>

⁴ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010.[fecha de consulta: 21 Octubre 2016]. Disponible en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S

Por su parte, el 24 de mayo del año 2015, el Papa Francisco, en su carta encíclica *Laudato Si'*, en que hace un urgente llamado a proteger la *Casa Común*, expresa específicamente respecto del agua: *“Mientras se deteriora constantemente la calidad del agua disponible, en algunos lugares avanza la tendencia a privatizar este recurso escaso, convertido en mercancía que se regula por las leyes del mercado. En realidad, el acceso al agua potable y segura es un derecho humano básico, fundamental y universal, porque determina la sobrevivencia de las personas, y por lo tanto es condición para el ejercicio de los demás derechos humanos. Este mundo tiene una grave deuda social con los pobres que no tienen acceso al agua potable, porque eso es negarles el derecho a la vida radicado en su dignidad inalienable. Esa deuda se salda en parte con más aportes económicos para proveer de agua limpia y saneamiento a los pueblos más pobres. Pero se advierte un derroche de agua no sólo en países desarrollados, sino también en aquellos menos desarrollados que poseen grandes reservas. Esto muestra que el problema del agua es en parte una cuestión educativa y cultural, porque no hay conciencia de la gravedad de estas conductas en un contexto de gran inequidad”*⁵.

Ahora bien, Chile no ha escapado a este fenómeno mundial; de hecho entre sus problemas ambientales uno de los primeros en manifestarse fue precisamente el de la contaminación hídrica. A comienzos del siglo XX, la actividad minera del cobre desarrollada en la actual mina El Teniente generó una gran contaminación en el río Cachapoal que dio origen en 1916 a la ley 3.133 sobre control de Residuos Industriales líquidos (RILES), una de las primeras leyes ambientales de Chile.

Actualmente, según reconoce la propia autoridad ambiental chilena –CONAMA- el problema más crítico a nivel nacional es la contaminación de los recursos hídricos, según lo revelan varios estudios realizados por organismos estatales, instituciones académicas y organismos no gubernamentales.

⁵VATICANO. Carta encíclica *Laudato Si'* del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común. [fecha de consulta: 21 Octubre 2016]. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html

Nuestro país tiene una tradición de participación privada en la gestión de las aguas, que se remonta a los inicios de la República. Si bien es cierto, la normativa actual, basada en derechos de aprovechamientos de agua seguros, intangibles y transferibles, ha permitido, en opinión de algunos, fomentar el uso eficiente del recurso hídrico y un desarrollo económico y social de gran envergadura, en áreas como la agricultura, hidroelectricidad, minería, celulosa y acuicultura, entre otros, no es menos cierto que hay muchos detractores del actual sistema por considerar que produce un desbalance entre el bien común y los intereses de unos pocos particulares, dando origen a una concentración desproporcionada de derechos de aprovechamiento. Es en este contexto que han surgido propuestas, tanto desde el mundo parlamentario como de la administración de la Presidenta Bachelet, cuyo objetivo apunta a una transformación profunda de la normativa vigente, en orden a acrecentar el control del Estado.

Precisamente, este trabajo tiene por objetivo estudiar la naturaleza jurídica de las aguas y las propuestas parlamentarias y del Ejecutivo que buscan reformar nuestra Carta Fundamental para que declare, de manera explícita, que las aguas son bienes nacionales de uso público. Estas iniciativas no cuentan con un apoyo transversal y existen diversas posturas respecto de si verdaderamente existe la necesidad de reformar la Constitución en orden a darle a las aguas una calidad ya reconocida a nivel legal. A fin de dar una visión más global respecto del tema, el presente trabajo se divide en tres partes. La primera, constituye un recorrido histórico cuyo objetivo es visualizar cuál ha sido la naturaleza jurídica de las aguas, partiendo en el derecho romano, siguiendo con el derecho medieval, el moderno y decimonónico español; el derecho indiano; y en fin, el derecho chileno, desde el siglo XIX hasta hoy. La idea es entregar una visión integral de cómo se han ido conformando históricamente los vínculos jurídicos con las aguas.

En la segunda parte, se analiza el Dominio Público en general, concepto, régimen, y características. El objetivo es poder conceptualizar las implicancias y consecuencias que trae aparejado el hecho de que un determinado bien forme parte del dominio público estatal.

Finalmente, en la tercera parte, se hace un recorrido por la variedad de proyectos de reforma constitucional en materia de recurso hídrico y se entregan las diversas visiones que tienen los expertos en la materia. La finalidad es exponer las posturas de profesores, escritores y grupos de interés, de manera que cada cual pueda construir su propia opinión respecto de un tema tan contingente del cual nadie puede estar ajeno.

PARTE 1. CONDICIÓN JURÍDICA DE LAS AGUAS A TRAVÉS DE LA HISTORIA

Antes de analizar el estatuto actual de las aguas y el proyecto de reforma constitucional que se estudia en el Congreso Nacional, vale la pena revisar la condición jurídica que han tenido las aguas a través de la historia.

1.1 Las aguas en Roma

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, en Roma, las cosas se dividían en:

- a) **Res intra commercium:** Aquellas cosas que podían ser objeto de relaciones patrimoniales;
- b) **Res Extra commercium:** aquéllas que no podían entrar en el tráfico de las relaciones patrimoniales privadas.

GAYO (siglo II d.C.), en sus *Institutas*, II, 2, divide las cosas en los siguientes términos:

“La división más general de las cosas que quedan fuera del patrimonio privado está comprendida en dos secciones, pues unas son de derecho divino (res divini iuris) y otras son de derecho humanos (res humani iuris)”⁶

De este modo, según GAYO, las cosas quedaban fuera del patrimonio privado sea por derecho divino o por derecho humano. A su vez, dividía las *res humani iuris* entre las *res privatae* y las *res publicae*. Es precisamente esta división la que provoca una identificación entre las cosas *extra commercium* con las *res publicae*: **la extracomercialidad de las cosas públicas.**

Con posterioridad a la clasificación efectuada por GAYO en el siglo II, MARCIANO realizó otra importante clasificación, la que fue luego recogida por JUSTINIANO en sus *Institutiones*. En este nuevo esquema, las res extra

⁶TOPASIO Ferretti, Aldo. *Los Bienes en el Derecho Romano*. Valparaíso, Chile: Universidad de Valparaíso, 1981. p. 14.

commercium comprendían tres subcategorías: *res communes*, *res publicae* y *res nullius*.

- a. **Res communis ómnium**: son aquellas cosas ofrecidas por la naturaleza para el disfrute de todos, y por lo mismo sustraídas a todo tipo de tráfico patrimonial.

En JUSTINIANO, 2, 1, 1, se establece que son cosas comunes a todos “*el aire, el agua corriente y el mar, y por lo mismo las costas del mar. A ninguno, pues (privado, particular, ciudadano) se prohíbe acercarse a las costas del mar, con tal que, sin embargo, se aparte de las granjas, de los monumentos y de los edificios, porque no son, como el mar, del Derecho de gentes*”⁷

- b. **res nullius**: aquellas cosas que no han pertenecido a persona alguna, o sea, que no ha sido propiedad de ninguna persona.
- c. **Res publicae**: Las cosas públicas en el concepto gayano pertenecen a la comunidad. Así, Según GAYO (Institutas, II, 1,1) “*Aquellas que son públicas están consideradas como no pertenecientes a los bienes de nadie en particular, sino que las mismas son reputadas como pertenecientes a la comunidad*”⁸.

Esta clase de cosas pertenecían a “un propietario, el *populus* de la ciudad, quien las guardaba para su disposición y no da a nadie el derecho de disponer en su lugar; ellas no pueden entonces ser susceptibles ni de un derecho de propiedad ni de un derecho de servidumbre al beneficio de los particulares, tampoco pueden ellas ser el objeto de ninguna enajenación válida, y cuando ellas han sido irregularmente sacadas de su destinación,

⁷TOPASIO Ferreti. Op.cit. p. 14

⁸TOPASIO Ferreti. Op.cit. p. 16.

ellas pueden siempre en toda época, ser restituidas al servicio del público y restituidas a su uso”⁹.

Según, CELUME, el derecho romano “modeló las primeras soluciones jurídicas al dilema de la coordinación de las utilidades comunes e individuales de las aguas. Y, en este sentido, distinguió fuentes públicas y privadas para todos los sistemas de recursos hídricos”¹⁰. La distinción entre una y otra atendía a diversos criterios. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a las fuentes (manantiales) y aguas estancadas (lagos, estanques y pantanos), el criterio parecía ser su localización, de tal modo que éstas podían ser públicas o privadas, dependiendo de su ubicación en terrenos públicos o privados. En cambio, en el caso de las aguas corrientes, “el criterio cambia hasta exigir la perennidad del sistema”¹¹.

Un ejemplo clásico del sistema de acceso abierto de las aguas, incluso para usos extractivos, se dio históricamente en Roma para las fuentes públicas. No obstante, si bien el régimen jurídico general de las aguas como *res publicae*, este concepto no parece haberse manifestado de modo uniforme en los diferentes pasajes del *Corpus Iuris*. Como comprueba COLOM¹², el concepto de *res publicae* fue utilizado, al menos, en cuatro sentidos: a) como cosas pertenecientes a entes públicos o a la colectividad; b) como *res extra commercium* y c) como cosas fuera del comercio del Estado (inalienabilidad) y como equivalentes a los *res communis*.

Esta multiplicidad de conceptos también se verifica en el tratamiento de los recursos hídricos. Así, el *aqua profluens*, como agua que fluye, era considerada por Marciano como un bien común a todas las criaturas (Digestio, I, VIII, 2), de tal suerte que no era posible su apropiación por parte de los particulares (Instituta II, I, 1). Los *res communis* se consideraban bienes que podían ser naturalmente aprovechados por todos, pero nadie podía irrogarse su propiedad exclusiva frente

⁹MONTT OYARZÚN, Santiago. El Dominio Público. Primera Edición. Santiago, Chile: Editorial Conosur. 2002. p.32-33

¹⁰CELUME Byrne, Tatiana. Régimen Público de las Aguas. Primera Edición. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile. 2013. p.36

¹¹ Id.

¹²CELUME (2013, p. 36) cita a COLOM (2006, p. 23)

a los demás, de lo que se derivaba la total apertura de los recursos para su uso, dada la ausencia de factores de exclusión¹³.

Sin embargo, esta idea debe ser matizada con la categorización de los ríos, los que tenían un carácter público, es decir, *res publicae*, según se desprende de los siguientes textos clásicos:

a) Marciano, D. 1, 9, 2, pr.- 1:

“Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique acquiruntur. / 1.-Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa; aer, aqua profluens, et per hoc litora maris”.

“Algunas cosas son comunes a todos por derecho natural, otras son de la comunidad, otras no son de nadie, y la mayor parte son de particulares, las cuales se adquieren para cada cual por varias causas. / 1.- Y ciertamente son comunes a todos por derecho natural estas cosas: el aire, el agua corriente, y el mar, y consiguientemente las cosas del mar”¹⁴.

b) Paulo, D. 43. 12. 3 pr., 1 y 2.:

“Flumina publica, quae fluunt, ripaeque eorum publicae sunt. / 1.- Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet. / 2.- Secundum ripas fluminum loca non omnia publica sunt, quum ripae cedant, ex quo primum a piano vergere incipit usque ad aquam”.

“Son públicos los ríos que corre, y sus orillas son públicas. / 1.- se considera que es orilla la que contiene al río cuando está más crecido. / 2.- No son públicos todos los terrenos inmediatos a las orillas de los ríos

¹³CELUME Byrne. Op.cit. p. 37

¹⁴ VERGARA Blanco, Alejandro. Derecho de Aguas. Primera Edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1998. v.1, p. 30

porque forman parte de la orilla desde que de lo llano comienzan a declinar hasta el agua”¹⁵.

En palabras de CELUME, el carácter de público de ciertos ríos “se derivaba principalmente de su perennidad, aunque también podían ser considerados como tales aquéllos que así lo hubiesen sido desde tiempo inmemorial o que ameritasen serlo en razón de ciertas especiales circunstancias geográficas o sociológicas”¹⁶.

El hecho de que los ríos fueran *res publicae* significaba que las personas podían extraer de los ríos de caudal permanente toda el agua que deseaban o que podían efectivamente extraer y usar. No existía una repartición “estatal” o “pública” del agua, la única limitación consistían en no dañar a los vecinos con un uso excesivo o inundando sus suelos con derrames. En Roma, la regulación del agua se hacía a través de interdictos, los que no se dictaban con el fin de establecer sistemas de asignación o de distribución, sino sólo de precaver daños a terceros provocados por derrames¹⁷. Por lo tanto, los particulares usaban libremente el agua, sin restricción alguna, teniendo sólo como límite la propiedad ajena.

En efecto, La publicación de las aguas tenía precisamente por objetivo asegurar su aprovechamiento general y común, garantizando así un sistema de acceso libre. En consecuencia, “el interés del Derecho romano radicaba en la necesidad de compatibilizar los usos realizados por los diferentes particulares, fueren o no extractivos, estableciendo como únicas limitaciones a su libre aprovechamiento, el perjuicio a terceros y las restricciones expresas previstas por el Emperador o el Senado”¹⁸.

1.2 Época medieval

¹⁵ VERGARA Blanco. Op.cit. p. 36

¹⁶ CELUME Byrne. Op.cit p. 37

¹⁷ VERGARA Blanco. Op.cit. v.2. p.308-309

¹⁸ CELUME Byrne. Op.cit. p. 38

En la época medieval, se produce un cambio en el esquema jurídico en materia de recurso hídrico. De la concepción práctica y libertaria imperante en Roma, se evoluciona hacia una concepción regaliana, en la que los reyes consideraban las aguas como objeto de su “propiedad-soberanía”. En el fondo, en esta técnica legal de los reyes de apropiación de agua como *iura regalia*, había un interés económico, puesto que para usar el agua debía obtenerse previamente una licencia (una “concesión”, en nuestra actual terminología legal), la que originaba un tributo a favor del rey.

En este contexto, la jurisprudencia medieval crea y desarrolla el concepto jurídico de “regalía”¹⁹ o “*iura regalia*” que corresponde a los conceptos patrimoniales modernos de “bienes nacionales” o “dominio público”²⁰. Las Regalías formaron parte preeminente, como ingreso hacendístico, del Real Patrimonio.

1.2.1 Derecho español medieval de aguas

Como consecuencia del feudalismo, la monarquía adoptó desde su inicio un cariz “patrimonial”, en que se confundían los bienes del patrimonio de los reyes como personas y lo que debía ser su patrimonio como jefes del Estado²¹. Sin embargo, en el siglo XII, con la recepción del derecho romano justiniano en España y en todos los otros estados de Europa Central y Occidental, cambia el panorama jurídico, sobre todo en lo que se refiere al establecimiento de principios claros de separación entre lo público y lo privado. De esta manera, evoluciona el concepto de “realengo”, por lo que estos bienes siguieron formando parte del patrimonio de la Corona, de la Monarquía, del rey, pero ya no como Señor sino en su calidad de Jefe del Estado.

¹⁹ La institución de las regalías tenía dos significados. Uno amplio, referente a los derechos de los reyes en materias eclesiásticas. El otro puramente estatal, referente a los derechos reservados al monarca, sea porque le pertenecían en forma exclusiva o en concurrencia con los particulares. Esta Institución constituye uno de los pilares fundamentales del Estado moderno, pues “las regalías”, “fisco” y “derechos señoriales” integran o que después será la administración moderna. VERGARA Blanco. Op. Cit. pp. 45-46

²⁰VERGARA Blanco. Op.cit . p. 46

²¹VERGARA Blanco. Op.cit . p. 45

La primera noticia jurídica referida claramente a la vinculación del Rey (y posteriormente, de la Corona) con las aguas se encuentra en las leyes que dio Alfonso VII en las Cortes de Nájera, en 1138.

Esta ley es del siguiente tenor:

“Todas las aguas, é pocos salados que son para facer sol, é todas las rentas dellas, rindan al Rey, salvo las que dio el Rey por privilegio, ó las ganó alguno por tiempo en la manera que devía”

Posteriormente, este texto fue recogido en las Ordenanzas Reales de Castilla, del siguiente modo:

“Todas las veneras de plata, y de oro, y 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 aquellos 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”²².

En la Nueva Recopilación del año 1567, esta Ley también es refundida con otra relativa a las minas, bajo el siguiente texto:

“Todas las mineras de plata, y oro, y plomo, y de otro cualquier metal de cualquier cosa que sea en nuestro señorío real, pertenece á Nos: por ende ninguno sea osado de las labrar sin nuestra especial licencia, y mandado, y assi mismo las fuentes, y pilas, y pozos salados que son para fazer sal “nos pertenecen”: por ende mandamos que rindan á Nos con las “rentas” de todo ello, y que ninguno sea osado de se entremeter en ellas, salvo aquellas a quien los Reyes pasados

²²VERGARA blanco. Op.cit. p. 48

nuestros progenitores, no Nos lo ouiessemos dado por “privilegio”, las ouiessem ganado por tiempo inmemorial”²³.

Al tenor de la normativa citada, se evidencia que tanto las minas como las aguas se encontraban en una misma situación jurídica: ambas eran **regalías** de la Corona.

La dominicalización pública de las aguas se hace más concreta al recopilarse en 1805 en la Novísimas Recopilaciones y codificarse junto con otra ley de Fuero de Nájera referida a las minas. Así, bajo la intitulación “*Derecho de los Reyes en las minas de oro, plata y otros metales, aguas y pozos de sal; y prohibición de labrarlas sin Real licencia*”, se dice en la Ns. Rec., lo siguiente:

“Todas las mineras de plata y oro y plomo, y de otro cualquier metal, de cualquier cosa que sea, en nuestro Señorío Real pertenecen á Nos; por ende ninguno se 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 pertenecen: por ende mandamos, que recudan á Nos con las rentas de todo ello; y que ninguno sea osado de se entremeter en ellas, salvo a aquellos á quien los Reyes pasados nuestro progenitores ó Nos los hobiésemos dado por privilegio, o las hobiesen ganado por tiempo inmemorial”²⁴.

En virtud del texto citado, es posible establecer que, a comienzos del siglo XIX, ya quedaba asentada en el derecho histórico español la concepción dominical pública de todas las aguas, las que eran susceptibles de aprovechamiento por parte de los particulares, en virtud de un “privilegio” (o concesión, en terminología posterior) otorgada por el rey, junto con el previo pago de la “renta” correspondiente, lo que evidencia la concepción patrimonial de la organización estatal imperante. Así, desde temprano comienza a operar este “sistema concesional”, que luego irá perfeccionándose, pero que en sustancia es el mismo actual.

²³VERGARA blanco. Op.cit. p. 49

²⁴VERGARA Blanco. Op.cit p. 49

Necesario es hacer mención a las Siete Partidas, la obra más famosa de la historia de los Derechos hispánicos, las que si bien no contienen una regulación sistemática de las aguas, sí hacen importante referencia a los ríos, a las aguas y a las diferentes formas de aprovechamiento de ellas y a los importantes vínculos y atribuciones que al Rey le correspondía en tales materias. Adicionalmente, su clara inspiración en los textos romanos y su contenido casi exclusivo de derecho común bajo medieval, las convierten en un importante elemento integrador que permite encadenar el pasado (derecho romano y común) y el futuro (derecho indiano Y histórico chileno), dentro de esta reconstrucción histórica de la calidad jurídica de las aguas.

Así, en las Siete Partidas existía una ley intitulada “*En quales cosas los Emperadores, e los Reyes, han Señorío propriamente*”²⁵, cuyo texto es:

“Las rentas de los puestos, e de los portadgos que dan los mercaderes, por razón de las cosas que sacan, o meten en la tierra, e las rentas de las salinas, o de las pesqueras, e de las ferrerías, e de los otros metales, e los pechos, e los tributos que dan los omes, son de los Emperadores, e de los Reyes [...]”

El mismo cuerpo legal definía “Señorío” como el “*poder que ome ha en su cosa de fazer della, e en ella lo que quisiere segun Dios, e segund fuero[...]*”²⁶. Precisamente, una de las cosas en la que los reyes tenían señorío era sobre las rentas, vinculando tal señorío con bienes como el agua. Las cosas del señorío del rey no podían perder su categoría de tal, vale decir, no podían ser enajenadas ni ser objeto de prescripción. En palabras de VERGARA BLANCO, “En el fondo, esto lo que jurídicamente, desde entonces es la inalienabilidad y la imprescriptibilidad. Las cosas del Señorío del rey no podían ser enajenadas ni ser objeto de prescripción, lo que aparece claramente en Las Partidas”.²⁷

En definitiva, en lo que se refería al dominio de las aguas durante esta época, éstas eran consideradas regalía del rey, lo que fluye de textos que rigieron desde

²⁵ VERGARA Blanco. Op.cit p. 54

²⁶ VERGARA Blanco. Op.cit. p. 55

²⁷ Id.

el comienzo del régimen castellano, hasta el siglo XVIII. Si bien hubo en un comienzo una consideración de las aguas y de los ríos como algo “común”, ello no significó alejarse de este estrecho vínculo que forjaron los reyes respecto de ellas.

1.3 El derecho moderno de aguas

A partir de finales del siglo XV, el poder real comienza a asentarse con más firmeza, cobrando importancia los instrumentos jurídicos, especialmente los tomados del derecho común, en cuanto a la figura del Príncipe y a la consideración patrimonial de la corona. En consecuencia, se produce una proliferación del derecho real, gestándose las diferentes recopilaciones, en las que se incluyen leyes de diferentes épocas, pero con variantes.

Tres son los cuerpos legales:

1. Las Ordenanzas Reales de Castilla (ORC)
2. Leyes de la Nueva Recopilación (NRec)
3. Leyes de la Novísima Recopilación (NsRec.)

1.3.1 Las Ordenanzas Reales de Castilla: editadas en 1484, también llamadas Ordenamiento de Montalvo, en donde se recopilan estas leyes dadas en Nájara en 1138 y luego incluidas en el Ordenamiento de Alcalá.

En materia de aguas, señala el texto de las Ordenanzas Reales de Castilla:

“todas las veneras de plata, y de oro, y plomo, y de otro cualquier metal de cualquier 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[...].”

1.3.2 Leyes de la Nueva Recopilación: La nueva recopilación de 1567 no sólo recopiló las leyes anteriores a esta fecha, sino que además otorgó nueva fuerza de ley a las recopiladas.

En cuanto al dominio de las aguas, refunde en su texto dos leyes muy antiguas provenientes de las Cortes de Nájera de 1138, recopiladas por primera vez en el Ordenamiento de Alcalá, y referidas una a las minas y otra a las aguas salinas, en una sola ley²⁸.

Los textos son los siguientes:

OA. 32, 47: *Que habla de las mineras de oro, é de plata, é de plomo que son del Rey.*

Todas las mineras de oro, é de plata, é de plomo, e de otra guisa qualquier que minera sea en el Sennorio del Rey, ninguno non sea osado de labrar en ella sin mandado del Rey.

OA. 32, 48: *Que habla de las aguas, el pozos salados.*

Todas las aguas, é pozos salados que son para fazer sal, é todas las rentas dellas, rindan al Rey, salvo las que dió el Rey por privilegio, o las ganó alguno por tiempo en la manera que devía.

NRec. 6, 13, 2: *“Que los mineros de oro, y plata, y otros qualesquier metales pertenecen a los Reyes, y los mismo las aguas, y pozos de sal”:*

“Todas las mineras de plata, y oro, y plomo, y de otro cualquier metal de cualquier cosa que sea en nuestro señorío real, pertenece á Nos: por ende ninguno sea osado de las labrar sin nuestra especial licencia, y mandado, y assi mismo las fuentes, y pilas, y pozos salados que son para fazer sal “nos pertenecen”: por ende mandamos que rinda á Nós con las “rentas” de todo ello, y que ninguno sea

²⁸ VERGARA Blanco. Op.cit. p. 84

osado de se entremeter en ellas, salvo aquellas a quien los Reyes pasados nuestros progenitores, o Nos lo ouiessemos dado por “privilegio”, o las ouissen ganado por tiempo inmemorial”²⁹

A esas alturas, el carácter público de las aguas no sólo era un hecho asentado, sino que era algo que los reyes siempre habían considerado así, desde el inicio de las leyes castellanas. Por lo tanto, con la refundición de estas leyes que se hizo en la Nueva Recopilación, se confirmó una realidad jurídica antigua³⁰.

Dado que las aguas pertenecían a los reyes, nadie podía aprovecharlas sin antes gozar de un privilegio real, pagando las rentas respectiva, por lo que resulta claro que el vínculo jurídico de los particulares con las aguas era subsidiario del dominio real, dirigido sólo a su uso³¹.

1.3.3 Leyes de la Novísima Recopilación: editadas en 1805, contiene gran parte de las leyes ya incluidas en la Nueva Recopilación y toda la abundante legislación promulgada a lo largo del siglo XVIII.

En lo referido al dominio de las aguas, en estas leyes existe una nueva versión - con pequeñas modificaciones o adecuaciones- de las antiguas leyes del Fuero de Nájera de 1138, que antes habían sido incluidas en las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484, en el Ordenamiento de Alcalá de 1344 y en la Nueva Recopilación de 1567.

El texto es el siguiente:

NsRec. 9, 18, 1: *“Derecho de los Reyes en las minas de oro, plata y otros metales, aguas y pozos de sal; y prohibición de labrarlas sin Real licencia”:*

²⁹ VERGARA Blanco. Op.cit. p. 85

³⁰ VERGARA Blanco. Op.cit. pp.85-86

³¹ VERGARA Blanco. Op.cit. p. 87

“Todas las mineras de plata, y oro, y plomo, y de otro cualquier metal de cualquier cosa que sea en nuestro señorío real, pertenece á Nos: por ende ninguno sea osado de las labrar sin nuestra especial licencia, y mandado, y assi mismo las fuentes, y pilas, y pozos salados que son para fazer sal nos pertenecen: por ende mandamos que recudan a Nos con las rentas de todo ello, y que ninguno sea osado de se entremeter en ellas, salvo aquellas á quien los Reyes pasados nuestros progenitores, ó Nos los hobiésemos dado por privilegio, o las hobiesen ganado por tiempo inmemorial”³²

Como es posible apreciar, se acentúa la calidad real del “derecho” en las aguas y la prohibición de aprovecharlas sin real licencia.

En resumen, desde el siglo XI al siglo XVIII, aunque con matices, el vínculo de los reyes con las aguas siempre fue muy estrecho, obligando a los particulares a obtener una “licencia” real previa para su aprovechamiento, por lo que el vínculo de éstos con el recurso era más bien subsidiario. En el fondo, en esta técnica legal de los reyes de apropiarse del agua como *iura regalia*, se encontraba el interés de obtener rentas.

Como influjo de este pensamiento regaliano, el derecho de aguas que se aplicó en América durante la dominación española fue construido igualmente sobre la base de regalías, y quienes deseaban obtener derechos debían obtener previamente una licencia y pagar tributos.

³² VERGARA Blanco. Op.cit. p. 89

1.4 Derecho indiano de aguas

En las capitulaciones del siglo XVI, es evidente la preocupación por regular jurídicamente todas las “regalías” de la Corona. Ejemplo de ello son las Capitulaciones de Santa Fe, que contiene las mercedes otorgadas a Cristóbal Colón. Desde un inicio, la Corona se atribuyó derechos sobre todas las riquezas de las Indias, por la vía de considerarlas como *iura regalia*, hecho que es patente también en otras Capitulaciones de Indias que se otorgaron después del descubrimiento de América, durante todo el siglo XVI.

Por otra parte, el derecho Castellano se aplicó supletoriamente en América española, toda vez que las Indias fueron incorporadas a la Corona de Castilla y, en consecuencia, se extendieron a ellas las instituciones y el Derecho de Castilla. Así, en 1530, se ordenó “*que se guarden las leyes de castilla en lo que no estuviere decidido por las de Indias*”³³.

Estas disposiciones castellanas tuvieron pronto su confirmación en el Derecho indiano, aun cuando éste adoptaría una terminología diferente, puesto que ya no se da a las aguas la calidad de *iura regalia* propiamente, sino que se las considera como bienes *comunes*.

Una provisión de 1533, señala: “*los montes, pastos, y aguas de los lugares, y montes contenidos en la mercedes, que estuvieren hechas, ó hiciéramos de Señoríos en las Indias, deben ser comunes á los Españoles é Indios. Y así mandamos á los Virreyes, y Audiencias, que lo hagan guardar, y cumplir*”.

Posteriormente, en una provisión del 15 de abril 1541, confirmada el 18 de octubre del mismo año y el 8 de diciembre de 1550, señala:

“*Nos hemos ordenado, que los pastos, montes y aguas sean comunes en Indias,[...]Mandamos que el uso de todos los pastos, montes, y aguas de las*

³³ VERGARA Blanco. Op.cit. p. 108

Provincias de las Indias, sea común a todos los vecinos de ellas, que ahora son, y después fueren para que las puedan gozar libremente [...]”³⁴

A partir de los textos citados, resulta evidente este cambio en la calidad de las aguas, en relación con el Derecho castellano, dejando de ser *iura regalía* para convertirse en bienes *comunes*.

Sin embargo, según VERGARA BLANCO, esta provisión de 1541 “es ciertamente contradictoria, pues a primera vista deja entregada el agua al uso común y, por tanto sin necesidad de una previa concesión o merced; no obstante, al final del texto, se refiere a la “*merced nuestra*”, sometiendo nuevamente a las aguas a un procedimiento concesional”³⁵.

En consecuencia, se puede concluir que uno de los principios del derecho de aguas indiano era la calidad pública de las aguas.

Sin embargo, este concepto “público” debe ser matizado, dado que entonces no se tenía la misma concepción de lo *público* que existe hoy.

Las fuentes del derecho Indiano se refieren a las aguas como “comunes” y como “regalías”. En opinión del profesor VERGARA BLANCO³⁶, “la situación de las aguas en el Derecho Indiano sufrió una evolución, fruto de la particularidad y casuismo del mismo, el que iba evolucionando de acuerdo a las necesidades de la conquista y el poblamiento de América. En un inicio, tomando por fuente la concepción de las aguas que provenía del derecho común, se las consideró como “comunes”, sujetas al uso común de todos, para luego, progresivamente, ir retomando su calidad de “regalía” de la Corona, como sucedía en la Península, en armonía con el Derecho castellano”.

“La consideración de las aguas como regalía, es, desde el punto de vista dogmático, una causa necesaria para la exigencia de una “merced” previa para su

³⁴ VERGARA Blanco. Op.cit. pp. 109-110

³⁵ VERGARA Blanco. Op.cit. p.110

³⁶ VERGARA Blanco. Op.cit. pp.112-114.

utilización. Si las aguas fueran comunes, no es necesaria merced alguna, pues precisamente su uso sería común”.

“Por tanto, al precisar la naturaleza jurídica de las aguas en el derecho indiano, es importante separar y vincular este binomio dialéctico “regalía de las aguas-merced de aguas”, de lo cual surge un derecho de aprovechamiento o utilización a favor de los particulares”.

En consecuencia, es posible concluir que, en un comienzo, las aguas en el derecho indiano fueron consideradas como “comunes”, vale decir, de uso común. Sin embargo, pronto por diferentes motivos o razones jurídicas fueron consideradas como una regalía más de la Corona, al igual que en la península hispánica.

1.4.1 Las mercedes de aguas

Un tema central en materia de aguas en Derecho indiano son las mercedes de aguas.

De varios textos indianos emana la necesidad de recurrir siempre a la autoridad para solicitar una merced de aguas, antes de aprovecharlas de cualquier manera.

La necesidad de una “merced” es a consecuencia de la previa *publicatio* que ha operado sobre las aguas, como bienes de *regalia*.

Para los efectos del derecho indiano, “merced de aguas es antes que nada, un acto, una manifestación de voluntad de las autoridades indianas (virreyes y gobernadores) dirigido a crear *ex novo* un derecho de uso o aprovechamiento de las aguas a favor de los particulares, para los fines señalados en tal título”³⁷.

Antonio Dougnac define la merced de aguas como “un derecho real, transferible y transmisible, normalmente de carácter perpetuo, que otorga la corona respecto de

³⁷ VERGARA Blanco. Op.cit. pp.112-114.

aguas corrientes, detenidas o vertientes, superficiales o subterráneas y que habilita para su utilización en la forma jurídicamente prevista”³⁸. En relación a esta conceptualización, Vergara Blanco es de opinión que más que una definición de merced, lo que está definiendo DOUGNAC con los derechos de uso o aprovechamiento sobre las aguas, que precisamente nacen del “acto” de autoridad, denominado “merced”.

Así, las mercedes de aguas eran el título a partir del cual nacían derechos a favor de los particulares, precisamente para “usar”, “gozar”, o “aprovechar” las mismas.

Este esquema regaliano del Antiguo Régimen fue acogido por los Estados Modernos y, en especial, por el Estado Chileno surgido a principios del siglo XIX, originándose una especial apropiación de las aguas, por la vía de conceptos jurídicos algo confusos.

A partir del siglo XIX, las aguas son concebidas en Chile, al igual que en otros sitios, como públicas, por medio de un eufemístico concepto: “*bien nacional de uso público*”, el que domina igualmente todo el siglo siguiente.

1.5 Derecho nacional de aguas después de la independencia (1818-1856)

Luego de la independencia, continuó rigiendo la legislación vigente a 1810, de manera tal que se mantuvo la normativa que rigió en el periodo indiano en todo aquello que no se opusiera a la nueva realidad.

Durante este período y antes de la dictación del Código Civil en 1857, se pueden encontrar dos normativas dictadas en materia de aguas.

- a) **Senado-Consulta de 1819**: constituye el primer texto legal relativo a las aguas dictado en Chile. Es necesario tener en cuenta que a esas alturas, a un año de la Independencia, seguían rigiendo la gran mayoría de las disposiciones dictadas por la Corona. Con esta disposición, se reguló lo

³⁸ VERGARA(1998, p.117) cita a DOUGNAC (2006, p. 23)

relativo a la utilización de las aguas, estableciendo la medida legal de agua que se podía extraer de un cauce. A esta medida se la llamó *regador*, medida que rigió durante muchos años. De su texto es posible deducir el reconocimiento implícito del aprovechamiento común de las aguas, pues cualquiera podía tener un regador, o los que necesitare. Hay un reconocimiento no sólo de lo común que debía ser el uso de las aguas, sino también, al parecer, de la calidad pública de las aguas.

- b) **Artículo 118 de la Ley de Municipalidades del 8 de septiembre de 1854:** dicho artículo es especialmente interesante puesto que en su texto se perfilan claramente algunas características importantes del régimen jurídico de las aguas. Su texto es:

“artículo 118. Los ríos i demás corrientes de agua del uso común de los habitante, están sujetos a la acción de las municipalidades en cuanto a establecer reglas para el buen uso de las aguas mientras corran por el cauce natural i ordinario, i para determinar generalmente la forma i seguridades con que deben construirse las tomas o los marcos de las acequias o canales que de dicho ríos se sacaren.

Sacada el agua de la corriente común, solo quedará sujeta la acción municipal en cuanto lo exigieren las reglas jenerales de policía de salubridad i las que se dictaren para mantener espedito el tránsito por los caminos del departamento o territorio municipal.

Las mercedes o permisos para sacar agua de un rio o estero, corresponden al jefe del departamento en que el saque o toma haya de establecerse, sin que en virtud de estas mercedes se adquiera mas derecho que el que corresponda por las leyes comunes, atendida la antigüedad i preferencia en la merced entre los varios interesados”³⁹.

³⁹ VERGARA Blanco. Op.cit. pp.137-138

A partir de este artículo es posible deducir el carácter público de las aguas, lo cual queda de manifiesto mediante expresiones tales como “los ríos y demás corrientes de *agua del uso común* de los habitantes (...)”; “Sacada el agua de la **corriente común** (...)”, pudiéndose acceder a su aprovechamiento a través de un procedimiento concesional, es decir, en virtud de una “merced” o “permiso”.

1.5.1 Las aguas en el Código Civil

En el año 1855, aparece el Código Civil, el que comenzaría a regir desde el 1° enero de 1857. Si bien este Código contiene importantes disposiciones en materia de aguas, no lo hace en forma sistemática como en el caso de otras materias. De hecho, Así lo señala en su mensaje:

“(...)en todo lo que concierne al uso y goce de las aguas, el proyecto como el código que le ha servido de guía, se ha ceñido a poco más que sentar las bases; reservando los pormenores a ordenanzas especiales, que probablemente no podrán ser unas mismas para las diferentes localidades”

Si bien es cierto, el Mensaje del Código Civil expresa que sólo se limitará a sentar las bases respecto al uso y goce de las aguas, sí entrega disposiciones fundamentales en cuanto a los principios que rigen, o deben regir en materia de aguas.

En cuanto al *dominio* de las aguas, el Código distingue:

1. **Aguas marítimas**, esto es, el *mar adyacente*, como lo llama, constituye un bien nacional de uso público o bien público, de acuerdo a los términos del Art. 589.
2. **Aguas terrestres**, hay una parcial *dominicalización* o *publificación* de ellas, existiendo aguas terrestres de dominio público y aguas terrestres de dominio privado.

- Aguas terrestres de dominio público: el inciso primero del artículo 595 del Código Civil señala: *“los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes nacionales de uso público”*. Por su parte, el inciso primero del artículo 596 expresa: *“los grandes lagos que pueden navegarse por buques de más de cien toneladas, son bienes nacionales de uso público”*. En suma, todas las aguas que corren por cauces naturales y los grandes lagos constituyen bienes nacionales.
 - Aguas terrestres de dominio privado: según el inciso segundo del art. 595 del Código Civil, son aguas privadas *“las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad”*, pues *“su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riveras y pasan con éstas a los herederos y demás sucesores de los dueños”*. Asimismo, se exceptúan, según el artículo 596, inc.2, los *“otros lagos”* –esto es, aquellos que no pueden navegarse por buques de más de cien toneladas– pues su propiedad, uso y goce *“pertenecen a los propietarios riberanos”*. Por su parte, el artículo 837 establece que *“las aguas que corren por un cauce artificial construido a expensa ajena, pertenecen exclusivamente al que con los requisitos legales haya construido el cauce”*.
3. **Aguas fluviales**, la única referencia se encuentra en el artículo 838 del Código Civil, el que establece que *“el dueño de un predio puede servirse como quiera de las aguas lluvias que corren por un camino público, y torcer su curso para servirse de ellas. Ninguna prescripción puede privarle de este uso”*. Por lo tanto, las aguas fluviales tienen un carácter mixto: dentro de los límites de una propiedad, serán privadas; fuera de ellos, serán públicas, de libre uso, mientras no formen cauces naturales o artificiales.

En definitiva:

A. Son aguas **de dominio público**:

- Las que corren por cauces naturales (ríos) (Art. 595, inc.1);

- Los grandes lagos (Art. 596, inc.1)
- Las fluviales no canalizadas (art. 838)

B. Son aguas **de dominio privado**:

- Las que nacen y mueren en una misma heredad (Art. 595, inc. 2)
- Los pequeños lagos (Art. 596, inc. 2)
- Las que corren por cauces artificiales (acueductos) (Art. 837)
- Las fluviales (Art. 838)

En cuanto al procedimiento concesional, el Código Civil establece, según el mismo mensaje lo señala, “bases” que si bien son claras, son más bien breves y precarias, por lo que requieren de un desarrollo legislativo adicional, como lo señalan los art. 598 y 603 del mismo Código, al remitirse a otras “leyes” u “ordenanzas”.

Este procedimiento claramente sólo se hace necesario respecto de las aguas que constituyen bienes nacionales, puesto que las otras aguas, que son privadas, serán aprovechadas libremente por su dueño, en su calidad de tal. Así lo señala art. 860 del Código Civil: *“las mercedes de aguas que se conceden por autoridad competente, se entenderán sin perjuicio de derechos anteriormente adquiridos en ellas”*.

Así, para el Código, el acceso a las aguas se realiza por la vía de “*mercedes*”, las que “*se conceden por autoridad competente*”, concepto ratificado en su art. 599.

En lo que se refiere a determinar qué derecho adquiere el particular a partir de la merced de aguas, dado que el Código no entrega una respuesta concreta, se deben analizar otras disposiciones del mismo. Así, el código señala que las aguas pueden “usarse”, “gozarse” o “servirse de ellas”, contemplando a favor de este derecho de “uso”, la servidumbre de acueducto y otros derechos adicionales. Este

derecho que nace de la “merced” es un derecho real, pues es de aquellos “que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”, por aplicación del art. 577.

1.6 Legislación de aguas desde 1857 hasta fin de siglo

Luego de la dictación del Código Civil, los pormenores en materias de aguas fueron siendo regulados por “Ordenanzas especiales”, que no tuvieron una larga vigencia, debido a que irían luego siendo derogadas, tácitamente. La finalidad de estas Ordenanzas era regular materias tales como la distribución de las aguas en periodos de escasez, o bien solucionar un problema de competencia administrativa en el otorgamiento de concesiones.

En cuanto a definir la naturaleza jurídica de las aguas, conviene destacar la “Ordenanza sobre policía fluvial i de irrigación para el valle de Copiapó”, del 30 de enero de 1975, que en su artículo 3º, contiene una declaración expresa de la calidad pública de las aguas, al señalar: *“las aguas producidas por las vegas i manantiales existentes en el valle i que nacen en la propia caja del rio, pertenecen al común de los vecinos i no a ningún particular (...)*”. En cuanto a la forma de acceder a su aprovechamiento, el artículo 5 de la misma Ordenanza señala: *“Las aguas del río Copiapó no pueden extraerse del cauce común, sino en virtud de derechos legalmente adquiridos”*. Esta última parte del artículo implica la existencia de un procedimiento concesional.

También cabe destacar un Decreto dictado en 1893, en virtud del cual se establece un procedimiento concesional especial para las aguadas en las provincias de Tacna, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo. En él se resalta implícitamente la calidad común o pública de estas aguadas, toda vez que es necesaria intervención de la autoridad para acceder a su uso, a través del correspondiente procedimiento concesional. En ese decreto se guarda especial cuidado en establecer que lo que se otorga o concede al particular es el “uso” de la aguada, el que es intransferible, y que *“caducará si se hiciere de la aguada un*

uso distinto de aquel por el cual ha sido concedido” (art. 3, letra c). Finalmente, el derecho que tiene el particular no es de carácter exclusivo, puesto que tal como lo indica el art. 5º, “el concesionario no podrá en ningún caso impedir a los particulares el libre acceso a la aguada cuyo uso se le concede (...)”

1.7 Legislación de aguas desde principios de siglo hasta antes de la codificación.

En lo que se refiere al dominio público de las aguas no hay una declaración específica en la legislación del período, salvo el Decreto con Fuerza de Ley N° 237, de 1931, sobre fuentes termales que, en su preámbulo, declara que las “vertientes hidrominerales” constituyen “*una fortuna nacional de que la naturaleza ha dotado al país*”.

Dado que el Código Civil declaraba la calidad pública de las aguas, salvo las excepciones que el mismo Código contemplaba, el legislador se preocupó más de regular el tema de los procedimientos concesionales, es decir, las mercedes de aguas, y los derechos que de ahí nacían, a fin de dar certeza y seguridad al ejercicio de los mismos.

En cuanto al procedimiento concesional (las mercedes de aguas), la legislación poco a poco fue consolidando un procedimiento administrativo que otorgara al peticionario ciertas seguridades respecto a sus preferencias y revistiera al título respectivo de la protección jurídica necesaria.

Es importante destacar el D.L.160 de 1925 relativo a la obligatoriedad de inscribir los derechos de aguas con el objeto de otorgar certeza. Esta disposición es complementada por las leyes 4.724 de 1929 y 5.671 de 1935 en la que se prorroga plazo señalado por D.L. 160 de 1925 para las inscripciones administrativas de derechos, mercedes o concesiones de agua.

1.8 Época de la codificación

1.8.1 Primer código de aguas de Chile: 1951

La tramitación parlamentaria total del Código de Aguas de 1951 duró más de 20 años, e incluso su puesta en vigencia fue demorada por medio de suspensiones. Solo en 1951, a través de la Ley N° 9.909, publicada en el Diario Oficial el 28 de mayo de ese año, se aprobó el texto definitivo del Código de Aguas.

Este Código estaba dividido en dos libros, sin denominación, enunciados sólo como “Libro Primero” y “Libro Segundo”, conteniendo 308 artículos.

En cuanto al dominio de las aguas, no hubo gran novedad en relación a lo que señalaba la legislación de aguas vigente, de manera que con su entrada en vigencia no debió derogarse ninguna disposición significativa del Código Civil. Es así como en el Título II del Libro Primero, se señalaba:

“Las aguas son bienes nacionales de uso público o de dominio particular. En las primeras se concede a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código” (artículo 9°).

A continuación, el artículo 10 señalaba:

“Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes nacionales de uso público. Exceptuándose las vertientes y las corrientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad [...]”

Por su parte, el artículo 11 disponía:

“Los grandes lagos que pueden navegarse por buques de más de cien toneladas son bienes nacionales de uso público”

En consecuencia, se continúa con los principios ya señalados en el Código Civil, de modo que la mayor parte de las aguas seguían siendo públicas, o, en terminología del nuevo código, **“bienes nacionales de uso público”**. “Se consagraba aquí lo que en términos dogmáticos es una *publicatio* de las aguas”⁴⁰.

⁴⁰VERGARA Blanco. Op.cit. p.181

De acuerdo con BAUER, este código “sistematizaba las reglas y prácticas chilenas tradicionales concernientes a los derechos de agua, que se remontaban a décadas y en algunos casos a siglos, mientras que aumentaba la intervención gubernamental. Este papel gubernamental más importante reflejaba el contexto político y económico de la América Latina contemporánea, donde un Estado fuerte y activo era considerado necesario para fomentar el desarrollo económico nacional”⁴¹.

En cuanto al procedimiento concesional, sólo podrían crearse derechos de aprovechamiento a través de las *mercedes*, que precisamente constituían el título concesional, (Título I, Libro Segundo “De la concesión de mercedes de aguas”)

La gran novedad dogmática que aporta el Código de Aguas de 1951 es el desarrollo del concepto: “Derecho de aprovechamiento de aguas”. En efecto, el artículo 12 lo define como un “*derecho real que recae sobre aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente código*”. Si bien, el texto legal indica que el titular de un derecho de aprovechamiento está facultado para usar, gozar y disponer de ellas, no existe un traspaso de propiedad sobre las mismas.

Los derechos de agua otorgados eran registrados en las oficinas de los Conservadores de Bienes Raíces, que también registraban cualquier cambio subsiguiente de la propiedad. El código de 1951 también declaró el establecimiento de una agencia centralizada para la administración de los derechos de agua en el Ministerio de Obras Públicas⁴².

Si bien, con el Código de Aguas de 1951 se produce una derogación orgánica de “*todas las leyes, ordenanzas y reglamentos preexistente sobre las materias que se tratan, aun en lo que no fueren contrarias a él*” (artículo 299), subsistieron

⁴¹ BAUER, Carl J. Canto de Sirenas. El Derecho de Aguas Chileno como Modelo para Reformas Internacionales. 2ª ed. Santiago, Chile: Ediciones y Publicaciones El Buen Aire S.A.. Ampliada. 2015. p.84

⁴² La Dirección General de Aguas fue creada en 1969. Hasta entonces, las funciones de la DGA eran realizadas por otras agencias del mismo ministerio.

igualmente los derechos de aprovechamiento anteriores a la vigencia del Código, según lo dispone el artículo 300 del mismo. Finalmente, los derechos de agua estaban legalmente amarrados a la propiedad de la tierra y no podían ser transferidos por separado.

En definitiva, en el Código de Aguas de 1951 existió una publicación de la mayor parte de las aguas corrientes, estableciéndose la necesidad de un título obligatorio para adquirir derechos por parte de los particulares, vale decir, una “merced” o “concesión” de aguas, en virtud de la cual nacía un “derecho de aprovechamiento”.

1.8.2 La ley N° 16.640: un nuevo código de aguas de 1967

El primer código de aguas chileno de 1951, tuvo algo más de 15 años de existencia sin que se alterase en nada su núcleo dogmático. Sin embargo, en 1967, con ocasión de la dictación de la Ley N°16.640 se produce un cambio significativo en su texto y en su espíritu, derivado principalmente de un cambio ideológico del Legislador.

Este segundo Código fue el resultado de la controvertida Ley de Reforma Agraria de 1967, promulgada por el gobierno de Eduardo Frei Montalva. La década de los sesenta se caracterizó por los intentos de gobiernos centralizados por lograr reformas sociales y económicas en América Latina. La reforma agraria chilena apuntaba a expropiar y redistribuir grandes propiedades de tierras, con el doble propósito de expandir la clase de los pequeños propietarios de tierras y de modernizar la producción agrícola.

“En un país cuya agricultura depende del riego, la reforma en la tenencia de la tierra también exigía redistribuir el agua y, por lo tanto, la reforma agraria incluyó una sección sobre derechos de agua que fue más tarde publicada separadamente como un nuevo código de Aguas. Con el fin de lograr los objetivos principales – facilitar la redistribución de la tierra y aumentar la eficiencia del uso agrícola del agua-, el Código favoreció una administración gubernamental centralizada en

lugar de la iniciativa privada. En consecuencia, la DGA fue finalmente establecida en 1969, después de haber sido legalmente autorizada en el Código de Aguas de 1951”⁴³.

La modificación realizada en 1967 también declaró *todas* las aguas de la nación como “bienes nacionales de uso público”, incluyendo las aguas que habían sido consideradas privadas desde el código civil de 1855. Así, por ejemplo, pasaron a ser públicos los cursos de agua y lagos contenidos dentro de una sola propiedad de tierras y, lo que es más importante, las aguas que fluyen por cauces “artificiales”, es decir, los canales, modificación que dio pie para la expropiación sin compensación de todos los derechos de agua privados.

VERGARA BLANCO opina que “más que un verdadero cambio de naturaleza jurídica había un cambio de ambiente ideológico que haría pensar al legislador – quizás cándidamente– que puede cambiar la naturaleza jurídica de las cosas o de las relaciones jurídicas, pues las cosas son y seguirán siendo lo que son, y no lo que se quiere que sean”⁴⁴.

Sin duda alguna, este cambio ideológico generó importantes cambios en materia de aguas. De hecho, Para posibilitar las reformas que esta ley haría al Código de Aguas, fue necesario previamente modificar la Constitución, lo cual se hizo por medio de la Ley N° 16.615, publicada en el Diario Oficial el 20 de enero de 1967. Con ella, se agregaba el siguiente inciso al artículo 10 N°10 de la Constitución de 1925, que regía entonces:

“La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua

⁴³BAUER. Op.cit. p.87

⁴⁴VERGARA Blanco. Op.cit. p.181

suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción”.

La enmienda constitucional de 1967 “expandió el rango de la llamada *función social* de la propiedad y de este modo restringió el rango de los derechos de propiedad privada. A pesar de que esto ciertamente reflejaba las posturas ideológicas de los reformistas, el objetivo más inmediato era permitir al gobierno expropiar tierras privadas al tiempo que postergaba el pago de las compensaciones requeridas, cancelando a los propietarios con bonos gubernamentales de largo plazo en vez de en efectivo”.⁴⁵

Para comprender mejor las modificaciones introducidas por esta ley, resulta necesario consignar el siguiente párrafo del mensaje del Ejecutivo al Congreso Nacional proponiendo la aprobación del proyecto de Ley N°16.640, sobre “Reforma Agraria”.

“Nuestro país no ha sido una excepción a esta tendencia general y las aguas han sido de “dominio público” a través de todas las etapas de nuestro desenvolvimiento histórico.

En efecto, durante el período colonial, las aguas fueron parte integrante del Real Patrimonio; al independizarse nuestro país, esas aguas pasaron de la Corona de España al Estado chileno, incorporándose al dominio público.

El código civil, en 1855, ratificó que la mayor parte de las aguas eran de dominio público y, más precisamente, las calificó de bienes nacionales de uso público.

Los bienes nacionales de uso público tienen determinadas características que les son esenciales, como ser inenajenables e imprescriptibles, no admitiendo la existencia sobre ellos de un derecho de dominio privado ni cualquier otro que revista sus características.

⁴⁵BAUER. Op.cit. p.87. El problema fue la alta inflación existente en Chile durante esa época, así como durante buena parte del siglo XX, por lo dichos bonos perdieron la mayor parte de su valor en el curso de unos pocos años.

El código de aguas vigente calificó, también, a la casi totalidad de las aguas como bienes nacionales de uso público, pero el derecho de aprovechamiento que concedió sobre ellas a los particulares tiene la característica de ser comerciable y poseer prácticamente todos los atributos que otorga el dominio, ya que permite gozar, usar y disponer de las aguas.

Si se comparan estas características con las que señalábamos como esenciales a los bienes nacionales de uso público, se verá que son absolutamente contradictorias. El concepto que el Código de Aguas actualmente vigente establece sobre el derecho de aprovechamiento desvirtúa, por consiguiente, la calidad de bienes nacionales de uso público, patrimonio de todos los chilenos, que tienen las aguas.

En este aspecto las modificaciones que se proponen en el presente Proyecto de ley tienden a salvar las contradicciones señaladas, de manera que las aguas estén sujetas al régimen jurídico que como tales les corresponde, ejerciendo el Estado sobre ellas la tuición que le incumbe, tratándose de un bien de dominio público que debe usarse del modo más racional y eficiente”

Con estos antecedentes, se introduce el siguiente texto nuevo al Código de Aguas, como artículo 9°:

“Todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público.

El uso de las aguas en beneficio particular sólo puede hacerse en virtud de un derecho de aprovechamiento concedido por la autoridad competente, salvo los casos expresamente contemplados en este Código.

No se podrá adquirir por prescripción el dominio de las aguas ni el derecho a usarlas”.

Por lo tanto, “se produce una variación en el régimen jurídico de las aguas, pasando de ser uno parcialmente publicificado, a otro totalmente publicificado, generándose, de esta forma, una *publicatio* generalizada de las aguas”⁴⁶.

Respecto de las aguas que antes eran de dominio privado, el artículo 10 del Código estableció:

“Para el sólo efecto de incorporarlas al dominio público, declárense de utilidad pública y expropiense todas las aguas que, a la fecha de vigencia de la Ley 16.640, eran de dominio particular.

Los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento de conformidad con las disposiciones de este Código, sin necesidad de obtener una merced.

Las indemnizaciones que procedan se regularán de acuerdo con las normas del artículo 32 de este Código”.

En cuanto al procedimiento concesional, dado que el artículo 37 del Código no sufre alteraciones, sigue señalándose a la merced su papel de creadora de derecho de aguas: *“El derecho de aprovechamiento sólo se puede obtener en virtud de una merced concedida por el Director General de Aguas en la forma que establece este Código [...]”*

En efecto, al existir una *publicatio* generalizada de las aguas, se hacía más necesario contar con un procedimiento concesional, a través del cual la Administración creara derechos de uso o aprovechamiento a favor de los particulares sobre las aguas.

De hecho, el mismo Mensaje señalaba:

⁴⁶ VERGARA Blanco. Op.cit. p.186

“Se cambia la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento. En efecto, se instituye un derecho de uso sobre las aguas que, por una parte esté de acuerdo con su calidad de bienes nacionales de uso público, integrantes del dominio público y que, por otro lado, constituya suficiente garantía para los particulares, en forma que éstos puedan realizar una actividad creadora sin incertidumbre en cuanto al uso de este recurso esencial.

Esta nueva naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento consiste en darle a éste el carácter de un derecho real administrativo como lo entiende la moderna doctrina jurídica, esto es, el Estado concede el uso del bien nacional de uso público con sujeción a normas de Derecho Público, lo que no excluye la facultad de su titular de hacer valer y proteger su derecho de aprovechamiento frente a terceros en conformidad a las reglas de las concesiones administrativas. Sometido el derecho de aprovechamiento a las reglas de esas concesiones, sólo se concede por el Estado el uso de las aguas, pero nunca el dominio sobre ellas”.

De esta manera, el artículo 11, que reemplazaría al antiguo artículo 12, establecía:

“El derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo que recae sobre las aguas y que consiste en su uso con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código”.

“A pesar de que los derechos de agua siguieron denominándose “derechos de aprovechamiento”, perdieron su estatus legal como derechos de propiedad y revirtieron a concesiones meramente administrativas, gobernados por el derecho administrativo, en lugar del derecho civil. Estos no se podían comprar, vender o comercializar privadamente, ni separarse de las tierras a las cuales habían sido asignados salvo con una aprobación administrativa de la DGA (que casi nunca se otorgaba). Como resultado, los derechos de agua ya no eran registrados como título de bienes raíces, y no existían registros de ninguna transacción subsiguiente, que, después de todo, eran ilegales bajo este código. La falta de registros llevaría, a finales de la década de los setenta, a una seria confusión e

incertidumbre respecto a los títulos de los derechos de agua, incertidumbre que hasta cierto punto persiste hasta hoy”⁴⁷.

Bajo el Código de Aguas de 1967, las potestades reguladoras del gobierno eran extensas, cuya finalidad era la de redistribuir los derechos de agua de acuerdo con nuevos “estándares de uso racional y beneficioso” de tipo técnico. Así era el gobierno quien establecía las cantidades de agua necesaria para diferentes cultivos en las distintas condiciones agronómicas y geográficas. Los derechos de agua serían entonces asignados o reasignados a terrenos particulares de acuerdo con los estándares locales de uso.

En Chile, sin embargo, los años posteriores a 1967 fueron cada vez más inestables, especialmente después de la elección del presidente Salvador Allende y de su coalición de partidos de izquierda, la Unidad Popular, en 1970. La polarización social y política que empeoraba gradualmente, tanto en torno al proceso de la Reforma Agraria como en otros sectores de la economía, culminó en el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973.

1.9 Derecho de aguas vigente

Antes de indicar las fuentes del Derecho de aguas vigente, es importante indicar el contexto político y económico dentro del cual se dictó la actual legislación en materia de aguas. En este sentido, BAUER ejemplifica muy bien el panorama jurídico histórico de nuestro país en materia de aguas, al señalar que Chile es un “(...) ejemplo clásico de lo que en América Latina se suele denominar la ley del péndulo: la tendencia histórica de oscilar de un extremo a otro en asuntos políticos y económicos, sin encontrar un punto de equilibrio en algún lugar intermedio. Antes de 1967, la legislación chilena en materia de aguas se caracterizaba por una combinación relativamente equilibrada de regulación pública y derechos de propiedad privada. En 1967, la Ley de Reforma Agraria hizo oscilar el péndulo hacia una autoridad gubernamental significativamente expandida respecto a uso y

⁴⁷ BAUER. Op.cit. pp. 87-88

gestión de las aguas, a expensas de los derechos privados; catorce años después, el gobierno militar osciló el péndulo al extremo opuesto, donde permanece hasta este día”⁴⁸.

Durante el período posterior al pronunciamiento militar, se puso fin a la expropiación de tierras, realizadas con ocasión de la Reforma Agraria, adoptándose una serie de políticas que tenían objeto “normalizar” el sector agrícola, en concordancia con el nuevo modelo económico de mercados libres y de fuertes derechos de propiedad que se estaban poniendo en marcha. Estas políticas incluían confirmar y fortalecer los títulos privados de las tierras expropiadas, fomentar un mercado de tierras agrícolas, y reducir el papel gubernamental en la producción y comercialización agrícola.

Sin embargo, en los primeros años del régimen militar prácticamente no se tocaron los derechos de agua ni el Código de Aguas de 1967, lo cual significaría que a finales de los años setenta la situación del país en materia de aguas fuera un completo desorden.

En efecto, Chile seguía teniendo unas leyes de aguas altamente centradas en el Estado, incompatibles con el nuevo modelo económico del país. La inseguridad legal de los derechos de agua privados desincentivaba la inversión privada en el uso o gestión de las aguas, y la rigidez del Código de Aguas impedía la transferencia de agua a usos más valiosos. Los títulos de derechos de agua y sus transacciones eran especialmente inciertos, dado que no habían sido registrados desde 1967.

VERGARA BLANCO, refiriéndose a la nueva legislación que se dictaría en materia de aguas a fines de los setenta y comienzos de los años ochenta, señala que se trata de una “redefinición de las relaciones entre Estado y la sociedad, estableciendo nuevos fundamentos, y alterando así las bases de la economía del país. Se trataba de cambiar el motor de la economía (...). Se reconstruye jurídicamente el Estado con una nueva configuración, en que se intenta reconducir

⁴⁸ BAUER. Op.cit. p. 84

al Estado a sus funciones más esenciales, y entregando el motor de la economía en manos de los particulares; replegando al Estado a una función de regulación, fiscalización, dándole otras armas para que pueda ser solidario o subsidiario con quienes no tienen recursos. En palabras sencillas, pero algo ambiguas: del estatismo al libre mercado. O, mejor dicho, en términos más jurídicos: de la decisión centralizada, de un órgano administrativo/Estatal a la decisión descentralizada, atomizada, espontánea de cada particular o agente económico”⁴⁹.

Para referirse a la situación económica previa al golpe militar de 1973, Hernán Büchi habla del “legado de pobreza”⁵⁰. Según el Economista, “la decisión más importante del nuevo gobierno, a principios de los años setenta, fue seguir el cambio de la modernidad y no de la ideología, abriendo la economía al mundo cuando las tendencias mundiales iban precisamente en la dirección opuesta: economías controladas por estados poderosos”⁵¹.

La carta de navegación que guió la apertura de la economía fue un documento llamado “El Ladrillo”⁵². Ese documento, que puso en el centro de la actividad económica la libertad de las personas, llegó a manos de los militares y se convirtió en el ideario económico durante todo el régimen militar.

La liberalización de la economía chilena, según Büchi, “se tradujo en un programa pragmático que tuvo por objeto abrir la economía chilena al mundo y revitalizar un sector privado que languidecía (...). La idea matriz en este cometido es que los mercados funcionen del modo más normal posible. Y para que eso ocurra se

⁴⁹ VERGARA BLANCO, Alejandro. Crisis institucional del agua: descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales. Primera Edición. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2015. p. 22-23.

⁵⁰BÜCHI BUC, Hernán. la transformación económica de Chile: del Estatismo a la Libertad Económica. Primera Edición. Chile: Editorial Normal S.A..1993. p.30.

⁵¹BÜCHI. Op.cit. p. 36

⁵² “El Ladrillo” fue elaborado por un grupo de jóvenes de entre 26 y 35 años preocupados por el rumbo que tomaba el país durante el gobierno de la Unidad Popular, se reunían semanalmente y discutían sobre libertad de precios, aranceles, propiedad de la tierra, propiedad de los bancos. Este grupo, articulado en gran parte en torno al programa de colaboración que la Escuela de Economía de la Universidad Católica de Chile suscribió con la Universidad de Chicago, trabajó en un diagnóstico de la economía chilena.

necesita al menos cumplir dos grandes exigencias. Una es que los derechos de propiedad en los distintos sectores queden claros. Y la otra es que las regulaciones que se generen sean compatibles con los principios, con la mecánica y con la flexibilidad propia de una economía de mercado”⁵³.

Es así como se tomaron una serie de medidas en agricultura, minería, sector energético, forestal, pesquero, transportes y telecomunicaciones. Las Aguas no fueron la excepción, dictándose nuevas normativas más acordes con las nuevas ideas.

1.9.1 Fuentes del derecho de aguas vigente

VERGARA BLANCO, señala que “analizar las fuentes del Derecho de Aguas vigente implica referirse, principalmente, a los siguientes tres cuerpos⁵⁴:

- a) **El Decreto Ley N° 2.603, de 1979**, que configuró por primera vez derechos de propiedad sobre los derechos de aguas;
- b) **La Constitución de 1980**, que declaró implícitamente la calidad de bienes nacionales de uso público de las aguas, y de manera explícita la garantía de la propiedad de los titulares de derechos de aguas (artículo 19, números 23 y 24)
- c) **El Código de Aguas de 1981**, con sus posteriores modificaciones. cuerpo legal que sistematizó lo anterior y otorgó amplios espacios de libertad a los usuarios de las aguas, eliminando barreras de acceso a la adquisición de nuevos derechos de aguas, la libre transferibilidad de los derechos adquiridos y el libre uso de las aguas a que se tiene derecho. Este Código ha sufrido modificaciones discretas en los años 2005, 2006, 2008, 2010 y 2013.

⁵³ BÜCHI. Op.cit. p. 36

⁵⁴ VERGARA Blanco. Op.cit. p. 45

1.9.1.1 Decreto Ley N° 2.603 de 1979

El 18 de abril de 1979 se dictó el Decreto Ley N° 2.603 que “Modifica y Complementa Acta Constitucional N° 3; y Establece Normas sobre Derechos de Aprovechamiento de Aguas y Facultades para el Establecimiento del Régimen General de las Aguas”. Fuertemente favorable al mercado, el D.L. 2.603 constituye la primera legislación sustantiva en materia de aguas, posterior a 1967, instalando los cimientos para el nuevo Código de Aguas promulgado dos años más tarde. Si bien este decreto ley derogó elementos fundamentales del Código de Aguas de 1967, dejó intacto el grueso de este Código, hasta que una ley enteramente nueva pudiera ser promulgada.

En virtud de lo dispuesto en su artículo 2°, se faculta al Presidente de la República para que *“en el plazo de un año contado desde la fecha de vigencia del presente decreto ley, dicte las normas necesarias para el establecimiento del Régimen General de las Aguas que modifique o reemplace, total o parcialmente, el Código de Aguas y las demás normas relativas a la misma materia”*. Esta facultad luego sería prorrogada en virtud de los Decretos Leyes Nos. 3.337 de 1980 y 3.549 de 1980.

El objetivo de ese texto legal fue, según se desprende de sus considerandos, *“iniciar el proceso de normalización de todo cuanto se relaciona con las aguas y sus diferentes formas de aprovechamiento”*, toda vez que *“la legislación vigente sobre esta materia no corresponde a los principios que inspiran al Supremo Gobierno en el proceso de institucionalidad del país”*. En efecto, la legislación vigente no se condecía con la nueva ideología imperante en el país, a partir del pronunciamiento militar de 1973.

CELUME BYRNE señala que este cuerpo legal “constituyó una revolución en el modelo de gestión y distribución de las aguas, sirviendo de base para el sistema dispuesto en el Código de Aguas”⁵⁵.

Por su parte, VERGARA BLANCO afirma que el texto del D.L. N° 2.603 DE 1979 “no sólo es pionero, y da origen a todas las regulaciones liberalizadoras de recursos naturales que continuarán en los años siguientes en Chile, sino que además, significó reconocer y consagrar el “sentimiento popular” en materia de aguas: lo que siente cada usuario de las aguas, cada regante, cada titular de derechos. Su sentimiento es que es titular de algo; y ese *algo*, es *patrimonial*, y se asemeja a la propiedad”⁵⁶.

Si bien su texto es escueto (sólo 8 artículos, más 4 artículos transitorios) su contenido es decidor. Sus aciertos se pueden sintetizar:

1.- declara con asertividad, énfasis y claridad que los derechos de los particulares sobre las aguas tienen dos orígenes:

- a) Los otorga el Estado/Administración a través de concesiones (derechos *concedidos*);
- b) O los obtiene el particular por uso inmemorial (derechos *reconocidos*).

2.- otorga a todos los derechos de aguas la protección constitucional de la propiedad

3.- Establece expresamente, en su artículo séptimo⁵⁷, una presunción de titularidad de derechos de aprovechamiento y uso efectivo del agua en las siguientes situaciones de hecho:

⁵⁵ CELUME Byrne. Op.cit. p. 223

⁵⁶ VERGARA Blanco. Op.cit.. p. 22

⁵⁷ Según VERGARA BLANCO es tal la importancia de este artículo que debiera “*estar escrito en letras de oro*”. VERGARA Blanco. Op.cit. p.47

- a) Presume dueño del derecho de aguas a quien lo sea del inmueble en que se encuentre actualmente utilizando dicho derecho de aguas. El texto legal señala expresamente: “Se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentra actualmente utilizando dichos derechos” (artículo 7 inciso 1°);
- b) Presume titular del derecho de aguas a quien se encuentre haciendo uso efectivo del agua: “En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua” (Artículo 7 inciso 2°)

Esta norma, por un lado, refleja el propósito del legislador de presumir que los usos consuetudinarios de aguas constituyen un derecho real y efectivo si cumplen con los requisitos correspondientes, y por otro, sirve de fundamento para el procedimiento de regularización de derechos de aguas establecido en el artículo 2° del Código de Aguas⁵⁸.

4.- Establece un sistema impositivo para los derechos de aprovechamientos de aguas, que estarían sujetos al pago de contribuciones (impuestos territoriales) diferentes de los que afectaban a los predios. En suma, la tenencia de derechos de aprovechamiento dejó de tener un carácter gratuito⁵⁹.

5.- Pretendió el saneamiento de la incertidumbre de los derechos de aprovechamiento creados al amparo de las legislaciones anteriores, propiciando su inscripción en un Registro de Aguas a cargo del Conservador de Bienes Raíces. En consecuencia, a contar de la vigencia del referido Decreto Ley,

⁵⁸ VERGARA Blanco sostiene que en materia de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas, en la práctica no se aplica el art. 7° del D.L. N°2.603 de 1979 con la fuerza que debiera, toda vez que la Administración, la Contraloría General de la República o los tribunales, cuando conocen casos relativos a la regularización de usos consuetudinarios de aguas, citan sólo el art. 2° del Código de Aguas, olvidando el art. 7° del D.L. N°2.603 de 1979.

⁵⁹ La presión gremial de los agricultores instó por la limitación de la carga tributaria que supondría la separación de los derechos de aprovechamiento de las tierras. Sin embargo, esta limitación no fue suficiente a los ojos de los agricultores, propiciando la desaparición del sistema impositivo en el Código de Aguas de 1981, hasta hacer de los derechos de aprovechamiento bienes obtenidos y conservados a título completamente gratuito.

“cualquier acto que implique enajenación del derecho de aprovechamiento de agua deberá ser otorgado por escritura pública y anotado en el Registro de Aguas que corresponda” (artículo 1° transitorio).

En relación a este punto, BAUER indica que “la nueva ley no hizo explícitamente de los derechos un bien comerciable, pero lo hizo implícitamente al exigir que las transacciones fueran registradas”⁶⁰.

6.- Faculta al Presidente de la República para dictar un D.F.L. conteniendo lo que llamó *“Régimen General de las Aguas”*. Hasta la fecha se entendía que el beneficio del derecho de aprovechamiento aumentaba la tasación fiscal de los inmuebles beneficiados. Por tal motivo, el artículo 3° del citado Decreto facultaba al Presidente de la República para que, dentro del plazo de un año, dictase *“(…) las normas necesarias para separar; dentro del avalúo total vigente de los bienes raíces agrícolas, el valor correspondiente al inmueble propiamente tal y el de los derechos de aprovechamiento de agua que actualmente estuviere utilizando el predio”*.

7.- La constitución de nuevos derechos de aprovechamiento seguiría sujeta, por el momento, a la lógica del Código de Aguas de 1967.

Según los economistas de la época, este conjunto de políticas iba a fomentar la eficiencia económica así como la conservación de las aguas, al alentar a los propietarios de derechos de agua a percibir ésta como una mercancía y un bien económico más que como un atributo gratuito (o por lo menos sin precio) de la tenencia de la tierra.

“Los economistas además sostenían que la eficiencia en el uso del agua solo mejoraría si el agua tenía un costo económico real, reflejado en precios más altos, y si los derechos se definían como privados, exclusivos y transferibles. Con precios del agua más altos y con la libertad de venderlos derechos de agua separadamente de la tierra, los titulares de derechos tendrían un incentivo

⁶⁰ BAUER. Op.cit. p. 96

económico para invertir en mejores tecnologías de riego y una mejor gestión, dado que podía entonces vender los derechos al agua ahorrada. El impuesto anual a los derechos sería entonces un incentivo adicional para que los titulares de derechos vendieran cualquier caudal de aguas no utilizado o excedente para reducir de esta manera su carga tributaria”⁶¹.

El modelo creado por el D.L. 2.603 de 1979 no se planteó como un nuevo Código, sino que mantuvo vigente todas las disposiciones del Código de Aguas de 1967, en tanto no fueran contradictorias con sus disposiciones y con la reforma al Acta Constitucional N°3 en él mismo contenida (artículo 4° transitorio).

Sin embargo, se adelantaba una gran reforma al facultar al Presidente de la República para que, en el plazo de un año, promulgase las “*dicte las normas necesarias para el establecimiento del Régimen General de las Aguas, que modifique o reemplace, total o parcialmente, el Código de Aguas y las demás normas relativas a la misma materia*”(artículo 2°). Esta facultad fue finalmente prorrogada en virtud del decreto ley N° 3.337 de 1980 y renovada por el decreto ley N° 3.549 de 1981, hasta la promulgación definitiva del Código de Aguas de 1981.

Asimismo, cabe advertir que la redacción original del citado Decreto Ley prometía una visión aún más radical en lo que se refería al papel del mercado en la asignación de los derechos. En su versión preliminar, se buscaba la absoluta comerciabilidad de los derechos de aprovechamiento, instando incluso que todos ellos (caducados o nuevos) fuesen asignados mediante un mecanismo de subastas públicas. La definición de un precio, avalada también por su tasación a fines fiscales, supuestamente promovería una utilización más racional de las aguas, en tanto su titular podría enajenar los montos ahorrados con motivo de su inversión tecnológica, fomentando una asignación más eficiente de los recursos. Pero la oposición a esta versión tan radical terminó por determinar, al menos en este estadio intermedio, que sólo “*los derechos de aprovechamiento constituidos*

⁶¹ BAUER. Op.cit. p. 96

legalmente y que se encontraren caducados a la fecha de vigencia de la presente ley, serán enajenados en licitación pública por la Dirección General de Aguas en forma de derechos de aprovechamiento vacantes” (inciso 1°, artículo 4°).

1.9.1.2 La Constitución de 1980

La Constitución de 1980 fundó los cimientos del Código de Aguas de 1981. De hecho, para entender el marco legal e institucional del Código de aguas es crucial comprender que éste refleja la estructura actual de la Constitución nacional, que fue adoptada en 1980. Redactada a finales de los años setenta, la Constitución fue la creación del régimen militar y de sus asesores civiles, sin discusión pública u oposición, “en un momento en que el control político absoluto por parte de los militares iba acompañado por el dominio ideológico de los economistas neoliberales del gobierno”⁶².

En opinión de BAUER la Constitución de 1980 es “el legado legal e institucional más importante del régimen militar chileno. Este amplio y ambicioso documento incluye principios económicos y sociales, así como políticos. El objetivo era consolidar e institucionalizar los profundos y radicales cambios impuestos a la sociedad chilena durante más de dieciséis años de dictadura militar. La Constitución garantiza el marco legal básico para un modelo económico de libre mercado definiendo derechos de propiedad y libertades económicas de forma muy amplia y restringiendo firmemente la autoridad reguladora de las agencias gubernamentales y del Congreso Nacional”.⁶³

Como primer aspecto, cabe anunciar que la Constitución Política de la República no regula ni otorga un especial tratamiento a las aguas, lo que se traduce en la

⁶² BAUER. Op.cit. p. 80

⁶³ BAUER. Op.cit. p.p. 80-81

ausencia de un marco jurídico-constitucional para la determinación de la naturaleza jurídica de las aguas⁶⁴.

La omisión de un pronunciamiento constitucional relativo al tratamiento de las aguas no es casual y encontramos su razón en los antecedentes históricos de la Constitución. A este respecto, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, “Comisión Ortúzar”, debatió específicamente la cuestión relativa a la necesidad de regular las aguas. Ello a partir del texto propuesto por la Subcomisión de derecho de propiedad, que era del siguiente tenor:

“Todas las aguas son bienes nacionales de uso público; pero, en conformidad a la ley, podrán constituirse derechos de aprovechamiento sobre ellas para fines específicos, y el titular tendrá la propiedad del respectivo derecho. // En caso de expropiación de un derecho de aprovechamiento, el propietario sólo recibirá indemnización si es privado del uso y goce del agua suficiente para atender a las necesidades que satisfacía con anterioridad a aquélla”.

Como se puede apreciar, el texto original sí contenía una definición constitucional respecto de las aguas corrientes, definición que no prosperó en la redacción final de la Constitución. De la revisión de las sesiones pertinentes de la Comisión Ortúzar se desprende que el debate se centró fundamentalmente en la manera en que debía protegerse la titularidad del derecho particular que recayera sobre las aguas y no en la calificación jurídica de las mismas previo a su extracción. Al constituyente le preocupaba que se volvieran a cometer las atrocidades que, a su juicio, tuvieron lugar en la época de la Unidad Popular y que derivaron en la

⁶⁴Diferente al tratamiento que reciben los derechos concesionales mineros a nivel Constitucional. Sobre el particular, el artículo 19, N°24 de la Constitución dispone las siguientes materias respecto a los derechos de exploración y explotación minera: Sustancias minerales sobre las cuales puede recaer (inciso séptimo); fuente, que siempre será por resolución judicial (inciso séptimo); su duración, contenido y obligaciones, términos que se encuentran referidos a una ley orgánica constitucional (inciso séptimo; obligación de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que motivó el otorgamiento del derecho; e) su régimen de amparo y las causales de caducidad o de simple extinción del derecho (inciso séptimo); competencia de los tribunales ordinarios de justicia para declarar la extinción del derecho, como también para dirimir las controversias relativas a la caducidad o extinción del derecho (inciso octavo); y su protección constitucional, referida a la protección genérica del derecho de propiedad.

enorme fragilidad del modelo. Por este motivo, y sin perjuicio de las confusiones que se produjeron en el acalorado debate, el hilo conductor de toda la discusión se redujo a la necesidad de fortalecer, por medio de la propiedad, la titularidad que la ley otorgara a los particulares para utilizar las aguas.

Así, se prefirió el silencio constitucional respecto al *aqua profluens*. Al respecto, cabe recordar que a la época en que se discutía el tenor de esta disposición constitucional, la legislación en vigor ya le otorgaba a las aguas corrientes la calificación de “bienes nacionales de uso público”. Fruto de una modificación legal del año 1967, incorporada por la ley 16.640 de Reforma Agraria, el artículo 595 Código Civil pasó a disponer que “*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público*”.

En efecto, la propuesta de la Subcomisión de Propiedad sólo buscaba elevar a rango constitucional un texto ya consagrado legalmente. Sin embargo, dicho aspecto fue el que precisamente rechazó la comisión Ortúzar, que, a su vez, estimó que la regulación y calificación jurídica de las aguas eran materias de ley.

En definitiva, el constituyente decidió prescindir de una calificación jurídica de las aguas con el objeto de otorgar mayor flexibilidad a la (presente o futura) categorización del legislador en la determinación o modificación de su régimen jurídico, sólo sometiendo el derecho que se le asigne a los particulares (cualquiera sea su naturaleza o contenido) a la garantía de la propiedad.

Esta idea se inserta en la opinión general de que no corresponde al constituyente el sometimiento de una u otra clase de bienes a un cierto régimen jurídico, especialmente en lo relativo a su apropiabilidad. En otras palabras, a juicio de la comisión Ortúzar, la Constitución no debía establecer qué cosas serían bienes nacionales de uso público, y mucho menos las aguas. Incluso su presidente, Enrique Ortúzar Escobar, sostenía que “(...)es evidente que no se puede afirmar que todas las aguas son bienes nacionales de uso público”⁶⁵, lo que no sólo desvirtuaba la validez de la afirmación legal, sino que también terminaba por dejar

⁶⁵ Acta de la Sesión N° 183ª de la Comisión Ortúzar, celebrada el 2 de marzo de 1976.

a criterio del legislador la calificación de las aguas según su situación en el ciclo hidrológico.

Aun así, se llegó a precisar que el concepto de “bien nacional de uso público” que se pretendía incluir en la Constitución no quedaría definido por ella, siendo necesario reconducir la norma a aquella contemplada en el artículo 589 Código Civil.

La comisión Ortúzar estaba tan decidida en evitar que la Constitución se pronunciara afirmando la calificación jurídica de las aguas como bien nacional de uso público, que tal decisión no sólo incidió en la omisión de la frase inicial del texto presentado por la subcomisión de propiedad, sino que esta idea también moduló la referencia a los derechos de los particulares para hacer uso de las mismas. En consecuencia, cambió la expresión original “*derecho de aprovechamiento de las aguas*”, por el que se encuentra actualmente en vigor, vale decir, “*derechos de los particulares sobre las aguas (...)*”, por el temor de que se pudiese malinterpretar el espíritu del constituyente y que del concepto “*derecho de aprovechamiento*” se pudiese deducir que implícitamente se le estaba dando a las aguas el carácter de bien nacional de uso público.

1.9.1.2.1 Normas Constitucionales relativas a las aguas

La Constitución de 1980 contiene dos relevantes regulaciones relativas a la situación de las aguas: el art. 19 N° 23 y el art. 19 N°24 inc. Final.

El texto del **art. 19 N°23** reza de la siguiente manera:

La Constitución asegura a todas las personas:

“La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes;”

La Constitución “consagra la denominada *summa divisio* de bienes y recursos naturales en nuestro sistema jurídico, limitando el régimen legal a que pueden ser sometidas las cosas o los bienes. A partir de los términos del art. 19 N°23 se precisa una antigua clasificación describiendo el texto constitucional las posibilidades de acceso de los particulares al dominio de los bienes y, de paso, dejando claramente eliminadas las posibilidades de que el Estado pueda llegar a ostentar un papel de titular de los bienes no privados”⁶⁶.

Así, y dejando de lado los bienes comunes a todos los hombres, las cosas son de dos categorías globales:

- i. Públicas
- ii. Privadas.

A esta “dualidad público/privado, la Constitución ha antepuesto las *res communis omnium* (las “cosas de todos los hombres”); por lo que la *summa divisio* de las cosas que resulta de la Constitución es la siguiente trilogía: bienes comunes a todos los hombres; públicos y privados”⁶⁷.

Por su parte, **el Art. 19 N°24 inc. Final** establece:

“Los derechos de los particulares obre las aguas, reconocidos o constituidos de conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

⁶⁶ VERGARA Blanco. Op.cit.. p.49

⁶⁷ VERGARA Blanco. Op.cit.. p.49

Si bien el constituyente no ha deseado establecer un estatuto jurídico constitucional de las aguas corrientes, no ha guardado el mismo silencio respecto a los derechos que los particulares pueden tener sobre las mismas.

La razón de esta definición constitucional puede encontrarse en las actas de la Comisión Ortúzar. De su lectura, se aprecia que la los comisionados tenían especial preocupación al débil planteamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas en el contexto de la Reforma Agraria⁶⁸. En efecto, el debate se centró en que los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas gozaran de un derecho de dominio respecto de ellos, un aspecto que se consideraba más necesario de regular a fin de superar las falencias del sistema anterior.

Ahora, si bien la Constitución no ha modulado los términos y el contenido del derecho, ni señalado los límites conforme a los cuales los individuos deben ejercerlos, si aplica la técnica de la protección constitucional de la propiedad.

En opinión de CELUME, la disposición Constitucional “no puede ser entendida en términos demasiado amplios, sino sólo en lo concerniente al ejercicio de actividades extractivas [...]. La posibilidad de que los particulares hagan uso de las aguas para actividades no extractivas no puede estar protegida por vía dominio, en tanto ello restringiría las herramientas administrativas para delimitar los términos de la forma de aprovechamiento. De esta manera, cualquier limitación a tal derecho debería estar establecida por ley, basada en la función social de la propiedad, al tiempo que cualquier restricción debería ser convenientemente indemnizada, una vez satisfechos los requisitos de la expropiación”⁶⁹.

En suma, el objeto de protección del artículo 19, número 24 de la Constitución, se refiere al derecho que la ley ha otorgado o reconocido a los particulares para el aprovechamiento de las aguas, cualquiera sea el contenido del mismo. En definitiva, lo relevante es que cualquiera sea la naturaleza y extensión del

⁶⁸Ley N° 16.640, de 16 de julio de 1967, determinó la publicación de todas las aguas territoriales. Al respecto, recordar que conforme al régimen anterior, consagrado en el Código Civil y en el Código de Aguas 1951, existían ciertos cursos de agua que quedaban sujetos al dominio privado, como los ríos que nacían y morían en una misma heredad, los canales y los lagos menores.

⁶⁹ CELUME Byrne. Op.cit. p. 104

derecho, este se encuentre protegido en los mismos términos del derecho de propiedad

Así, la protección constitucional del derecho de propiedad constituye un amparo a la titularidad sobre el derecho de extracción de las aguas corrientes.

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

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

En primer término, esta reconducción supone la aplicación de todo el régimen jurídico correspondiente a la propiedad al derecho particular para aprovechar las aguas. En principio, aplicar la garantía constitucional reconocida en el artículo 19, número 24 de la Constitución, que en su parte pertinente dispone:

“La Constitución asegura a todas las personas (...) El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta

comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

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

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

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

“En el contexto de la Constitución Política de la República, el derecho de propiedad pasó a constituir la garantía de protección por excelencia, de tal manera que ha existido una marcada tendencia doctrinal y jurisprudencial a reconducir cualquier suerte de derecho a esta garantía constitucional. Esta fórmula, conocida bajo la idea de la “propietarización de los derechos”, se articula sobre la base de concebir la existencia de “derechos sobre derechos”, extendiendo los deslindes del objeto del derecho de propiedad a toda suerte de titularidades subjetivas”⁷⁰.

Así, cuando la Constitución, en su artículo 19, número 24, “*asegura a todas las personas: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales*”, lo que hace es propietarizar todas las “cosas

⁷⁰ CELUME Byrne. Op.cit. p. 108

incorporales”, es decir, todo derecho subjetivo de carácter patrimonial⁷¹. “Aunque la amplitud del objeto de protección pueda ser discutible, lo que sí se debe tener claro es que la Constitución propietarizó de manera expresa el derecho de los particulares para aprovechar extractivamente las aguas (inciso final del artículo 19, número 24 CPR) Con ello, el constituyente quería evitar cualquier exégesis constitucional que condujere a la idea de que los derechos que nacen de una concesión para el aprovechamiento de las aguas no estarían albergados dentro de los bienes incorporales a que se refiere el inciso primero del mismo artículo”⁷².

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

“reconocer las características de un derecho de propiedad con todos sus atributos al derecho de aprovechamiento de las aguas constituye una garantía verdaderamente suficiente y, a la vez, da la seguridad que corresponde a este titular de un derecho real que implica los atributos y facultades del dominio, como para poder mantener y conservar el ejercicio de su derecho en las mejores condiciones posibles”⁷³.

Por ello, la mención especial de los derechos de aprovechamiento de aguas en el inciso final del artículo 19, número 24 de la Constitución, puede entenderse como una forma mediante la cual la Constitución asegura que, cualquier fuese la

⁷¹ En el acta de la Sesión N° 155 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 2 de octubre de 1975, Alejandro Silva Bascuñan se refería al derecho de propiedad en los siguientes términos “[...] se concibe el derecho de propiedad como comprensivo de todo beneficio de carácter patrimonial, ya sea el derecho real de dominio sobre cosas muebles e inmuebles, sobre derechos reales y personales, sobre cosas corporales e incorporales y sobre cualquier tipo de beneficios patrimoniales [...] Estas normas se refieren a todos los estatutos de los beneficios patrimoniales, cualquiera sea su índole y, respecto de todos ellos, afirman la necesidad de respetar su esencia”.

⁷² CELUME Byrne. Op.cit. p. 110

⁷³ Actas de la sesión 182 de la Comisión Ortúzar, celebrada 14 enero 1976.

regulación legal de los aprovechamientos particulares, éstos estuviesen revestidos con la protección constitucional del dominio.

De este modo, la aplicación del régimen constitucional de la propiedad privada, como garantía protectora del derecho público subjetivo de aprovechamiento de las aguas, pretende revestir a este último de la máxima protección frente a los actos de los particulares y de la Administración, quedando el derecho así cubierto con las herramientas jurídicas más sólidas para hacer frente a cualquier decisión administrativa que tenga por objeto conculcarlo o abolirlo.

La protección constitucional de la propiedad supone que ciertos aspectos de su régimen jurídico queden sujetos a reserva legal. En efecto conforme al artículo 19, número 24 de la Constitución Política de la República, sólo por medio de una declaración de rango legal puede fijarse el modo de adquirir la propiedad y también la forma en que se deben ejercer las facultades de uso, goce y disposición. En definitiva, en virtud de esta garantía, le limita la potestad reglamentaria de la Administración para alterar los contornos de la propiedad, impidiendo que ésta (vía reglamento) termine conculcando la garantía.

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

En opinión de CELUME, “sólo se admiten limitaciones u obligaciones en el ejercicio del derecho de propiedad fundado en la denominada “función social”, definida constitucionalmente bajo la idea de satisfacción de “intereses generales

de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental” (artículo 19, número 24, inciso segundo de la Constitución)”⁷⁴. Será misión del legislador determinar si una situación particular queda o no contenida en dichos supuestos, únicos y legítimos para imponer limitaciones u obligaciones a los propietarios en razón de la función social de la propiedad.

El principal medio de protección de la garantía que confiere la propietarioización de un derecho se articula por medio del denominado “recurso de protección”, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. En realidad, más que un recurso, constituye una acción de rango constitucional, destinada a restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado cuando éste “por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio” de ciertos derechos y garantías reconocidos en el artículo 19 de la Constitución, entre los que se encuentra el derecho de propiedad. Esta protección también ampara también al titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, en exactamente los mismos términos que respecto al dominio sobre cualquier otra clase de bienes.

En resumen, de acuerdo con VERGARA BLANCO se consagran y regulan a nivel constitucional tres temáticas trascendentales para el Derecho de Aguas nacional⁷⁵:

a) **Protección de la propiedad sobre los derechos de aguas.** La Constitución establece y garantiza 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.

Las aguas, en sí mismas, in *rerum natura*, mientras se encuentran en fuentes naturales, tienen la naturaleza jurídica de bienes comunes o de bien nacional de

⁷⁴ CELUME Byrne. Op.cit. p. 115

⁷⁵ VERGARA Blanco. Op.cit. p.50

uso público en la letra de la ley. Por lo tanto, en esta condición natural, se encuentran excluidas del tráfico privado.

- b) **Consagración de clasificación capital de derechos de agua:** constituidos y reconocidos. La Constitución precisa que los derechos de aprovechamiento de aguas pueden ser “*reconocidos o constituidos en conformidad a la ley*”, lo cual implica ratificar, desde sede constitucional, el origen dual de tales derechos: o “*constituidos*”(es decir, provenientes de un procedimiento administrativo concesional) o “*reconocidos*” a partir de prácticas consuetudinarias u otras situaciones especiales.
- c) **Las aguas como bienes públicos (comunes).** La Constitución, además de configurar de modo expreso la clasificación mayor de los derechos de aguas (“constituidos” y “reconocidos”), consagra de modo implícito a las aguas como bienes públicos (o comunes). En efecto, bajo la letra de la Constitución, al referirse a unos derechos de aguas “constituidos”, al mismo tiempo está regulando dicha materia bajo el supuesto evidente de que dicha autoridad sólo puede “constituir” unos derechos de aguas en la medida de que ellos son públicos (o comunes), no son privados, ni *res nullius*. De ahí que se puede decir que las aguas son bienes públicos o comunes por declaración implícita de la Constitución Política de la República, en su art 19 N°24 inc. final.

1.9.1.3 Código de Aguas de 1981

En términos generales, el Código de Aguas promulgado en octubre de 1981, fortaleció enormemente los derechos de propiedad privada, aumentó la autonomía privada en el uso de las aguas, y favoreció los mercados libres de derechos de aguas hasta un extremo sin precedentes.

Por primera vez en la historia de Chile, el nuevo Código de Aguas separó los derechos de agua de la propiedad de la tierra, creó varios mecanismos e incentivos de mercado, y buscó fomentar una mentalidad económica comercial y

orientada al mercado entre los usuarios de agua (la inmensa mayoría de los cuales son agricultores). Redujo drásticamente el papel del gobierno en la gestión, regulación y desarrollo de los recursos hídricos.

De acuerdo con BAUER, “la filosofía esencial del Código de Aguas es el *laissez faire*: no da un mandato directo ni establece un mercado de derechos de agua, sino que pretende instalar normas legales y requisitos para que tal mercado emerja espontáneamente, como resultado de la iniciativa privada. En todos estos aspectos, el Código de Aguas refleja muy de cerca la estructura legal y los principios ideológicos de la Constitución chilena de 1980”⁷⁶.

En términos legales más específicos, el Código de Aguas declara que los recursos hídricos son propiedad pública y que el gobierno nacional puede otorgar derechos privados a usar esta propiedad. Estos derechos se denominan derechos de aprovechamiento. Las aguas mismas son definidas formalmente como “bienes nacionales de uso público”, un término que data de la década de 1850, cuando Chile adoptó su Código Civil, que está todavía vigente.

Así, en cuanto a la naturaleza jurídica de las aguas, el Código de Aguas declara en su artículo 5°:

“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”.

Sin embargo, a pesar de esta definición legal formal, el Código de Aguas fortalece la propiedad privada y el control privado de los derechos para usar aguas públicas. Como se señaló, los derechos de agua están ahora legalmente separados de la propiedad de la tierra y se pueden comprar, vender, hipotecar, heredar y transferir libremente como cualquier otro bien raíz.

⁷⁶ BAUER. Op.cit. p. 74

La Dirección General de Aguas (DGA), es la agencia a cargo de cursar las solicitudes por nuevos derechos de agua, gratis, siempre que el agua esté física y legalmente disponible. No obstante, una vez que estos derechos han sido constituidos son gobernados por el derecho privado más que por el público (es decir, por el derecho civil más que por el derecho administrativo); esto subraya su condición de bienes comerciales ordinarios y les otorga significativamente más protección respecto de la regulación gubernamental.

Los derechos de agua están incluidos en el sistema general de registro de títulos de bienes raíces⁷⁷. Más aún, los derechos de agua está ahora garantizados explícitamente como propiedad privada en la Constitución.

Las libertades privadas son muy amplias y la autoridad gubernamental se encuentra severamente restringida, si se compara con legislaciones hídricas chilenas anteriores.

Así, los propietarios de derechos de agua pueden cambiar libremente los tipos o métodos de uso de sus derechos de agua sin aprobación administrativa de la DGA (la única excepción es cuando se trata de cambiarla ubicación de las extracciones desde un canal natural).

Los solicitantes de nuevos derechos ya no tienen que especificar o justificar a la DGA los usos que se pretenden dar a las aguas, y la agencia no tiene potestad discrecional para negar tales peticiones si el agua está disponible, o para decidir entre demandantes en competencia. El código no establece prioridades legales entre diferentes usos del agua, dejando tales determinaciones a los particulares y al mercado. Si no hay suficiente agua para satisfacer peticiones simultáneas de

⁷⁷El Código de 1981 reconoce también todos los derechos de agua otorgados o adquiridos bajo legislaciones anteriores, y sus Artículos Transitorios establecen procedimientos legales para “regularizar” el estado confuso e incierto de muchos títulos existentes de derechos de agua. En teoría, todos los derechos de agua deben medirse ahora en términos de volumen por unidad de tiempo, por ejemplo, en litros por segundo, pero en la práctica muchos derechos más antiguos se expresan como proporciones de los caudales disponibles, o por otras medidas.

nuevos derechos, en teoría la DGA debe celebrar una subasta pública y vender los nuevos derechos al mejor postor.

Los titulares de derechos de agua no pagan impuestos o tasas de ningún tipo, ya sea por adquirir nuevos derechos del gobierno o por mantener derechos en el tiempo. Más aún, los propietarios no tienen una obligación legal de usar realmente sus derechos de agua, y no afrontan ninguna multa o anulación por falta de uso, lo cual difiere de todas las legislaciones chilenas anteriores y de las leyes de aguas de otros países⁷⁸.

El Código de Aguas Chileno de 1981 omitió obligaciones legales y financieras porque los redactores del código las consideraron restricciones indeseables de los derechos de propiedad privada y de la libertad económica. En su conjunto, estas disposiciones permiten una especulación sin restricciones en derechos de agua, lo que ha sido uno de los aspectos más controvertidos del código.

Si bien, por una parte, la DGA conservó varias funciones técnicas y administrativas, tales como recoger y mantener datos hidrológicos; inspeccionar grandes obras hidráulicas, como presas y canales; hacer cumplir las reglas que gobiernan el funcionamiento de las asociaciones de usuarios privados de agua; y mantener los registros oficiales de ciertos derechos de agua⁷⁹, por otra fue investida de una autoridad reguladora muy restringida. Así, por ejemplo, no está autorizada para anular o restringir los derechos de agua una vez que han sido otorgados o constituidos de alguna otra forma, excepto expropiándolos y pagando por ellos, lo que es extremadamente infrecuente⁸⁰. La agencia también ha perdido

⁷⁸ Por ejemplo, en países como Estados Unidos, existe una doctrina legal llamada la doctrina del uso beneficioso la cual exige a quien tienen en sus manos derechos de agua hagan algún “uso beneficioso” de ellos, o se arriesgan a su caducidad; esto se conoce popularmente como la doctrina del “úselo o piérdalo”

⁷⁹ Sin embargo, estos registros son muy incompletos, pues sólo incluyen los derechos otorgados originalmente por la DGA pero no los muchos derechos constituidos en legislaciones anteriores, y tampoco registran las transacciones ocurridas después del otorgamiento original. La agencia puede también preparar estudios, informes, planes y recomendaciones de políticas públicas, pero éstas tienen poca o ninguna fuerza.

⁸⁰ El código de aguas otorga a la DGA la autoridad de dictar la redistribución de derechos de agua durante emergencias de sequía oficialmente declaradas, pero aun así el gobierno debe indemnizar a los usuarios de aguas que resulten perjudicados (art. 314).

su poder para dirimir conflictos entre usuarios de agua; estos conflictos ahora van a los tribunales civiles ordinarios de justicia.

El Código de Aguas reconoce varios tipos de organizaciones privadas de usuarios, pero todas fueron diseñadas exclusivamente para fines de riego: para distribuir agua a los canales y explotaciones agrícolas, no para dirimir conflictos con no regantes. Como la DGA no tiene poder regulador para intervenir en estos asuntos, las tareas de coordinar los usos múltiples del agua y de resolver conflictos de cuencas hidrográficas han sido dejadas al libre mercado, esto es, a la negociación privada entre propietarios. Cuando esta negociación fracasa, el único recurso que queda es ir a los tribunales ordinarios de justicia, a pesar de la falta de conocimiento o de experiencia de los jueces en los temas relativos al agua. Este marco ha sido incapaz de impedir serios conflictos en el ámbito de las cuencas hidrográficas incluyendo aquellos entre los propietarios de derechos consuntivos y los propietarios de derechos no consuntivos⁸¹.

Es importante señalar que el código de aguas no trata temas de protección ambiental o de la calidad de las aguas. Las cuestiones ambientales no fueron una preocupación pública o política en Chile en la década de los setenta o a comienzos de los años ochenta, y los peligros de la contaminación del agua para la salud pública finalmente.

1.9.1.4 Modificaciones realizadas al Código de Aguas de 1981

1.9.1.4.1 Modificación introducida por la ley 20.017 de 2005. Es la mayor modificación al Código de Aguas desde su dictación en 1981.

1.- En materia de **aguas subterráneas**, consagra textual y expresamente la evidente conexión existente entre las aguas superficiales y las subterráneas,

⁸¹ BAUER. Op.cit. p. 79

conexión que debe ser principalmente considerada al constituir nuevos derechos de aprovechamiento. En la legislación original existían dos regímenes diferenciados, pero la realidad geográfica y geológica imponía esta relación, que es ahora reconocida en el artículo 22 *in fine* del Código de Aguas. Las consecuencias de este texto se verificarán en el respeto a los derechos de terceros.

Incorpora el mecanismo del remate ante peticiones contemporáneas de exploración de aguas subterráneas (nuevo artículo 58 inciso segundo del Código). Sin embargo, su formulación “es ambigua, utilizando de manera anacrónica la expresión “bienes nacionales”, para referirse a los “fiscales”⁸².

Se otorga explícitamente a la DGA la potestad de declarar área de restricción cuando los antecedentes de un acuífero revelan la conveniencia de esta medida (artículo 65 nuevo inciso segundo del Código de Aguas). Se establece la posibilidad de conformar organizaciones de usuarios (básicamente, modificación de los artículos 186 y 263 del Código).

Se establecen nuevas limitaciones a la adquisición y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas y se otorgan nuevas potestades discrecionales a la autoridad (nuevo artículo 147 bis inciso final del Código de Aguas). Es decir, no sólo la adquisición de derechos de aguas subterráneas es objeto de limitaciones, sino que también el ejercicio de los mismos, las que antes eran propias de medidas excepcionales consideradas en la legislación (declaración de áreas de prohibición o zonas de restricción).

2.- En materia **ambiental**, se incorpora un título nuevo, con cuatro artículos, relativos a la protección de las aguas y cauces (artículos 129 bis y siguientes del Código de Aguas). Si bien se otorga la potestad de declarar un “caudal ecológico mínimo”, no se regular el modo en que la autoridad ejercerá esta potestad, ni define tal concepto (artículo 129 bis 1 del CA).

⁸² VERGARA Blanco. Op.cit. p.53

Dentro de la misma temática ambiental, se otorga a la DGA una potestad dirigida a establecer “modalidades” que afecten a la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, “con el objetivo de conservar el medioambiente” (artículo 149 N° 7 del Código de Aguas)

3.- Respecto de **obras estatales y bienes fiscales**, se observan en la Ley dos aspectos que son claramente criticables, relacionados ambos con bienes fiscales. En primer lugar, se insiste en darle potestad a la DGA para constituir derechos de aprovechamiento de aguas en “obras estatales de desarrollo del recurso”. Si bien esta es una figura que con otra denominación estaba presente en el Código de Aguas original, al incorporarle ahora el aditivo de “estatal”, lo que en realidad produce es un quiebre en la lógica interna del sistema de constitución de nuevos derechos de aguas.

En efecto, los derechos nuevos se crean respecto de las aguas existentes en fuentes naturales (ríos, lagos o acuíferos), y no en obras estatales, que irremediablemente hacen pensar en la idea de embalses. Además, tales obras o embalses se construyen para aprovechamiento particular, y sólo transitoriamente son estatales/fiscales, pues si bien son financiados con dineros del Fisco, ellos deben ser luego adjudicados a los usuarios.

Por lo tanto, esta modificación, en el fondo, implica un conflicto con la propiedad que sobre las aguas acumuladas ostentan los titulares de derechos de aguas que los ejercen embalsando tales aguas.

En segundo lugar, en la patente que se establece respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas, se consagra una exención de pago a favor de los derechos de aprovechamiento de aguas de “propiedad fiscal” (artículo 129 bis inciso 4° del Código de Aguas)

4.- En materia **económica**, la ley 20.017 contiene un aspecto relativo al “uso” del agua; o, en teoría jurídica, al “ejercicio” de tal derecho. Específicamente, se establece una “patente” (un tributo), a la que tendrían obligación sólo aquellos

“que no utilizan los derechos de aguas” o que no extraen las aguas, considerando que éste es un buen mecanismo para el mejor aprovechamiento global de los recursos hídricos de nuestros ríos y acuíferos por parte de los titulares de derechos sobre ellos.

5.- Establece limitaciones a la adquisición de derechos de aprovechamiento de aguas. Tres casos:

- Limitaciones al acceso de las aguas. Se incorpora, como nuevo requisito de las solicitudes de derechos de aguas en que se pida un volumen de agua superior a las cantidades indicadas en las artículo 129 bis 4 y 129 bis 5 del Código de Aguas, acompañar “una memoria explicativa en la que se señale la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará” (art 140 N°6 del Código)
- En la misma línea, el inciso 4° del artículo 147 bis del Código Aguas confiere al Director General de Aguas la facultad de constituir el derecho de aprovechamiento en cantidades y características diferentes a las solicitadas, cuando, por problemas de disponibilidad del recurso, no sea posible acceder a la solicitud en los términos originalmente planteados. Para proceder de esta forma se requiere, no obstante, que conste el consentimiento del peticionario.
- Reserva inconstitucional en el artículo 147 bis inciso 3° del Código de Aguas. En esta norma se faculta al Presidente de la República para denegar parcialmente solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, en caso de que sea necesario reservar el recurso para el abastecimiento de poblaciones y concurren determinadas circunstancias que señala la Ley.

Finalmente, indicar que el artículo 1 transitorio de la ley 20.017 precisó que una vez publicada, ella se aplicaría a las solicitudes en trámite, señalando que ellas “deberán ajustarse a las disposiciones de esta ley”, dando de este modo

potestades al Director General de Aguas respecto de solicitudes ya presentadas para requerir “los antecedentes e informaciones que fueren necesarios para dicho fin”. En opinión de VERGARA BLANCO, esta cláusula “no sólo es retroactiva, y por tanto atentatoria de la estabilidad de las solicitudes ya presentadas, sino que es claramente abusiva”⁸³. En efecto, se establece una invalidez formal y sobrevinida de la solicitud original. Queda claro que lo que se pretende es aplicar la Ley de inmediato, pero ello implica alterar significativamente las peticiones en trámite a la época de entrada en vigencia de esta norma.

1.9.1.4.2 Modificaciones introducida por la ley N° 20.099 de 2006.

Estrechamente vinculada con la Ley N° 20.017, esta norma, publicada en el año 2006, aumenta a un año el plazo para regularizar derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas (procedimiento bastante cuestionable y que fue instaurado por los artículo 4 y 5 transitorios de la Ley N° 20.017) e introduce otras modificaciones a la citada Ley. Se trata de una Ley breve que incorpora, principalmente las siguientes modificaciones al régimen de las aguas:

1.- Se agrega expresamente, en el artículo 122 del Código de Aguas, que los derechos de aprovechamiento no inscritos en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, no podrán acceder a ninguna tramitación ante la DGA y la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

2.- En este mismo orden de ideas, se establece que los titulares de derechos de aprovechamiento que estén en trámite de inscripción en el mencionado Registro, podrán participar en los concursos públicos convocados por la Comisión Nacional de Riego, pero la orden de pago de los beneficios y bonificaciones obtenidos sólo se cursará cuando se acredite, con el certificado correspondiente, la referida inscripción.

⁸³ VERGARA Blanco. Op.cit. p.55

3.- Dentro de los medios de publicidad que se exige dar a todas las presentaciones, solicitudes y tramitaciones relativas a las aguas, se incorpora la exigencia de publicarlas, íntegras o sus extractos, por medio de mensajes radiales, correspondiendo al Director de la DGA determinar, mediante resolución, las radioemisoras en que deberán practicarse estas publicaciones, los días y horarios en que deberán efectuarse tales difusiones, el contenido de las mismas y la forma de acreditar el cumplimiento de este requisito (artículo 131 inciso 4° del Código)

4.- Se agregan y modifican algunos términos y aspectos del procedimiento de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, introducido por la Ley N° 20.017.

1.9.1.4.3 Cambios introducidos por la Ley N° 20.304 de 2008.

Esta Ley sobre operaciones de embalses frente a alertas y emergencias de crecidas y otras medias que indica, introdujo, en breves términos, las siguientes alteraciones al Código de Aguas:

1.- Se establece –en el artículo 41 del Código- que las modificaciones que se realizaren en cauces naturales o artificiales producto de la construcción de obras, urbanizaciones y edificaciones que pudieran causar daño a la vida, salud o bienes de la población o una alteración del escurrimiento de las aguas, deben ser aprobadas por la DGA. Dicha autoridad determinará, a través de una resolución fundada, las obras y características que deben someterse a tal autorización.

2.- Se especifican y fijan en términos precisos las multas que la DGA impondrá a quienes realizaren obras con infracción a las normas que regulan esta materia en el Código de Aguas. La cuantía de la multa, que puede oscilar entre 100 y 1.000 unidades tributarias anuales, será determinada de acuerdo a la magnitud del entorpecimiento efectuado al libre escurrimiento de las aguas o el peligro ocasionado en la vida o salud de los habitantes (artículo 172 Código).

1.9.1.4.4 Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.411 de 2009.

Esta norma se relaciona directamente con la Ley N 20.017 de 2005, pues estableció la prohibición de constituir, en determinadas zonas, derechos de aprovechamiento de aguas en conformidad al procedimiento de regularización contenido en el artículo 4° transitorio de la citada Ley 20.017.

1.9.1.4.5 Cambios incorporados por la Ley N° 20.417 de 2010.

Esta ley, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del medio Ambiente, introduce una importante precisión en materia de caudal ecológico mínimo. En efecto, entre otras precisiones de orden más bien terminológico se dispone, en el artículo 129 bis 1 del Código de Aguas, que a través de un reglamento, emanado de los Ministerio de Medio ambiente y Obras Públicas, se determinarán los criterios para fijar el mencionado caudal. El referido reglamento fue aprobado por DS N°14 de 2012 de Medio Ambiente.

1.9.1.4.6 Modificación de la Ley N°20.697 de 2013.

En su virtud se faculta a los directorios de las comunidades de aguas y de las juntas de vigilancia para representar a sus miembros en los procedimientos de perfeccionamiento de los títulos de agua.

En definitiva, a fines de los años setenta y principios de los ochenta, en Chile se aprobó una regulación liberalizadora, en materia de aguas. En opinión de VERGARA BLANCO, “a partir de dicha regulación ha podido desarrollarse con

mucha seguridad la iniciativa económica en aquellas actividades que utilizan intensamente, como insumo, las aguas”⁸⁴.

Las aguas, constituyen el insumo de varios sectores muy relevantes, y su esencialidad es notoria por las siguientes conexiones prácticas y, de ahí, jurídicas:

- i. El agua se conecta con el *servicio público sanitario*, esto es, el consumo de agua potabilizada y su saneamiento;
- ii. El agua se conecta con la *industria minera*, dado que dicha industria extractiva sólo se puede desarrollar sin cuenta con el insumo de agua (subterránea en el caso de la minería del Norte de Chile);
- iii. El agua se conecta con la *electricidad*, sobre todo cuando la matriz energética más económica del país está sustentada básicamente en la generación hidroeléctrica; y
- iv. El agua se conecta con la *agricultura, fruticultura, viticultura* y otros sectores cuyo uso intensivo del agua es evidente; en donde se desea igualmente una modernización de sus formas tradicionales de explotación.

“Si bien, el actual modelo de institucionalidad de las aguas, consagrado en un gobierno de un signo político muy distinto a los que había tenido el país en los últimos 20 años, es un modelo que, seguramente por obra de los consensos que producen los resultados positivos de su instauración, se ha mantenido en su esencia por más de treinta años”⁸⁵.

“Como se pudo apreciar, los únicos signos de modificaciones estructurales ocurrieron a principios de los años noventa, en que se pretendía hacer una modificación más sustancial al régimen de las aguas, con caducidades, y recuperación de la calidad de públicas de las aguas, para evitar su “mercantilización”, como se decía”.

⁸⁴ VERGARA Blanco. Op.cit.. p.23

⁸⁵VERGARA Blanco. Op.cit. p.24

“Es el mismo lenguaje que leemos en los diarios de los últimos tiempos: pidiendo “nacionalización” de las aguas. Pues bien, eso quedó en el olvido, y la modificación que en definitiva propuso el Gobierno en los noventa, y que se aprobó en 2005, para el Código de Aguas, no alteró en nada sustantivo el modelo original de 1979-1981. Por lo tanto, estas pompas de jabón un poco anacrónicas que hoy escuchamos, que nos llaman a re-estatizar el agua, a re-nacionalizar el agua, se difuminarán (salvo que ocurra en Chile una nueva revolución de estatismo, que no parece estar en el sentimiento más popular; hoy todos queremos ser propietarios. Nuestro mayor bien de consumo jurídico es la propiedad)”⁸⁶

En relación a los cambios realizados al régimen de las aguas, el mismo Hernán Büchi indicó que la acción gubernativa en este campo radicó en “crear derechos sólidos de propiedad no sobre el agua misma, sino sobre el uso de las aguas, y facilitar por todos los medios el funcionamiento ordenado del mercado”⁸⁷.

BÜCHI agrega que “el temas de las aguas arrastró siempre las mismas inercias que gravaron el desarrollo de la minería. El mismo tipo de razones y sinrazones: que las aguas son públicas, que son de todos, que es el Estado el ente que ha de encargarse de administrarlas. El mismo discurso que no lleva más que a derrochar y subutilizar el recurso. ¿Qué ventaja tiene para un agricultor hacer una instalación de riego por goteo si está imposibilitado de vender a otro las aguas que él ahorraría con ese sistema?”⁸⁸.

⁸⁶Id.

⁸⁷BÜCHI. Op.cit. p. 139

⁸⁸Id.

PARTE 2: EL DOMINIO PÚBLICO

Habiéndonos ya referido a la naturaleza jurídica de las aguas y a su tratamiento a nivel legal y constitucional a través de la historia, toca ahora concentrarnos en el estudio de los bienes y, más específicamente, de los bienes nacionales de uso público, clasificación dentro de la cual se encuentran categorizadas las aguas.

2.1 Generalidades

Definición y etimología.- *bienes* son todas las cosas que, pudiendo procurar al hombre una utilidad, son susceptibles de apropiación privada.

Etimológicamente, la palabra *bien* deriva del latín *bonum*, que significa felicidad, bienestar.

Bienes y cosas.- los *bienes* se distinguen de las *cosas* como la especie del género. Todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. Se designa con el nombre de *cosa*, todo lo que tiene existencia, todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta. De entre las cosas, sólo son *bienes* aquéllas susceptibles de apropiación. Así, el sol, el aire, el mar, si bien son cosas indispensables para el hombre, no constituyen bienes porque nadie puede llegar a ser propietario exclusivo respecto de ellas.

La palabra *cosas* tiene, pues, una acepción mucho más amplia que la palabra *bienes*.

Existen diversas clasificaciones de los bienes. En este trabajo, utilizaremos la clasificación entregada por los profesores Alessandri, Somarriva y Vodanovic⁸⁹.

⁸⁹ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC. Curso de Derecho Civil. Basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga. Redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic H: de los sujetos y de los objetos de derecho. Personas y bienes. Santiago, Chile: Editorial Nascimento. 1940. T. II p 180 y siguientes.

Atendiendo a la *naturaleza* de las cosas, se pueden agrupar los bienes de la siguiente forma:

1. Bienes corporales e incorporeales
2. Bienes muebles e inmuebles
3. Bienes fungibles y no fungibles
4. Bienes consumibles y no consumibles por el primer uso
5. Bienes divisibles e indivisibles
6. Bienes principales y accesorios

Por su parte, en atención a los *derechos de que son susceptibles*, las cosas pueden clasificarse en:

1. Apropiables y no apropiables o comunes a todos los hombres;
2. Comerciales y no comerciables;
3. Públicas y privadas

La importancia de esta clasificación radica en que las reglas aplicables varían según la categoría de bienes de que se trate.

Para los efectos de este trabajo, nos concentraremos en la segunda clasificación que distingue entre cosas apropiables e inapropiables.

Cosas inapropiables.- son aquéllas sobre las cuales no se puede constituir dominio. Nuestro Código Civil las denomina *cosas comunes a todos los hombres*, y se refiere a ellas en su artículo 585, inciso 1°, que dice: “*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 a apropiárselas*”.

Entran en esta categoría, además de la alta mar, el aire, el sol, la luna, las estrellas y los demás planetas.

El uso y goce de las cosas comunes a todos los hombres son “*determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el Derecho Internacional*” (artículo 585, inciso 2°).

Cosas apropiables- son aquéllas que pueden ser objeto de dominio, y éstas son las que en derecho se denominan *bienes*.

Las cosas apropiables se dividen en: bienes de derecho privado y bienes de dominio público o bienes nacionales.

Bienes de dominio privado son aquéllos que pertenecen o pueden ser adquiridos por los particulares; en tanto que los *Bienes nacionales o bienes de dominio público* son aquéllos cuyo dominio pertenece a la nación toda (artículo 589, inciso 1° del Código Civil).

Estos últimos se subdividen, a su vez, en bienes nacionales de uso público y bienes del Estado o fiscales, dependiendo si su *uso* corresponde o no a todos los habitantes de la República.

Los bienes fiscales pertenecen al Estado, en cuanto éste puede ser persona de derecho privado.

En términos generales, el *dominio público* es aquella parte del patrimonio estatal compuesto de cosas que, por su destino de utilidad general que están llamadas a prestar, requieren de un régimen jurídico especial que asegure su integridad y conservación. Tal régimen de protección sólo puede encontrarse en las normas que configuran el derecho público, en el cual el Estado es el actor principal.

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho del ente estatal sobre los bienes que componen el dominio público, se trataría de una especie de “propiedad”⁹⁰.

⁹⁰Si bien al referirnos a la propiedad, la reacción natural es pensar en ella en los términos del artículo 582 del Código Civil, hay quienes plantean que se trata de una institución jurídica anterior a la propiedad privada y que, entre ambos

Esta “propiedad” recibiría la calificación de “pública” para diferenciarla de la propiedad común regida por la ley civil y cuyo ordenamiento jurídico es esencialmente diferente de aquél. En efecto, la propiedad privada “se desenvuelve mediante un conjunto de actos de administración y de goce, fundados en el principio de la igualdad y paridad entre los sujetos. La propiedad pública, en cambio, da lugar en su ejercicio a una verdadera y propia actividad de Administración Pública, basada en los poderes de supremacía que corresponden al Estado sobre otros sujetos”⁹¹.

2.2 Los bienes nacionales

Reciben esta denominación los que pertenecen a toda la nación y que se dividen en bienes nacionales de uso público o bienes públicos, y bienes fiscales o bienes del Estado.

Los *bienes nacionales son de uso público* cuando su uso corresponde a todos los habitantes de la República; cuando todos, sin distinción, pueden servirse de ellos conforme al uso a que están destinados, sin tener que solicitar para ello permiso de ninguna autoridad.

Se llaman *bienes fiscales o bienes del Estado* aquellos bienes nacionales que constituyen el patrimonio privado del Estado.

Esta clasificación está precisada en el artículo 589 del Código Civil, que dice: “Se llaman *bienes nacionales aquéllos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Los bienes nacionales cuyo uso no*

conceptos, existiría una relación de género a especie, por lo que no sería correcto definir el género (propiedad) mediante la definición de la especie (propiedad privada).

⁹¹ Zanobini, Guido. curso de derecho administrativo: parte general. Buenos Aires: Ediciones Arayú.1954. pág. 216.

pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales”.

2.3 Evolución histórica del concepto de dominio público

Si bien la mayoría de las instituciones jurídicas continentales encuentran su punto de partida en el Derecho Romano, el concepto de *Dominio Público*, desconocido para los romanos, fue una construcción de los juristas medievales.

Sin perjuicio de lo anterior, “puede afirmarse sin exageración alguna, que los cimientos de toda la teoría del dominio público descansa en las instituciones clásicas”⁹². En el caso chileno, más específicamente, el dominio público se ha interpretado “a la manera romana”⁹³.

Así, el Derecho romano distinguió entre cosas privadas propias del tráfico jurídico-privado y las cosas *extra commercium*. En efecto, los romanos crearon un régimen jurídico distinto para las *res publicae* y para las *res privatae*. En él, las *res publicae in uso publico* estaban sujetas a “un régimen exorbitante de Derecho Público y estaban protegidas por las reglas de inalienabilidad e imprescriptibilidad, cuya función era precisamente asegurar el uso público o general”⁹⁴. Esta afectación al uso general se protegía mediante interdictos populares, que eran la herramienta en virtud de la cual se impedía el entorpecimiento del uso público de las *res publicae*. Este régimen jurídico-público privilegiado tenía su origen en un acto solemne o formal de adscripción o dedicación a un fin público, llamado *dicatio*⁹⁵ o *publicatio*.

La *Publicatio* puede definirse como “el acto realizado por la autoridad pública romana competente, mediante el cual una cosa quedaba afectada o destinada al uso público. La *publicatio* como acto solemne y formal evidenciaba la dedicación

⁹² MONTT Oyarzún. Op.cit. p.27

⁹³ MONTT Oyarzún. Op.cit. p.44

⁹⁴ Id.

⁹⁵ La *dicatio* nace en el Derecho divino y es secularizada por los juristas romanos. En tiempos remotos, la *dicatio* era una ceremonia arcano y animista, y como en todas las culturas primitivas, la forma prevalece sobre el fondo, de lo cual se sigue que el destino público de las cosas era consecuencia de la consagración y no del destino mismo. MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 48

del nuevo bien público a su destino”⁹⁶. Eran los censores quienes tenían atribuido el *ius publicandi*, vale decir, la potestad de vincular determinados bienes al uso público, cuando dicho uso no estuviera ya determinado por la naturaleza de las cosas, la costumbre o la ley.

En Roma, se dieron los cuatro elementos distintivos del dominio público. De acuerdo con la doctrina europea, más específicamente, la doctrina española, cuatro son los elementos que distinguen al dominio público del dominio privado: i) un elemento subjetivo –la titularidad pública de los bienes–, ii) un elemento objetivo –grupo de cosas que por sus características pueden comprenderse dentro del dominio público–, iii) un elemento teleológico –destinación o afectación directa a la función pública– y iv) un elemento normativo –régimen de Derecho Público. Así, en cuanto al **elemento subjetivo**, el titular de las *res extra commercium* o bienes de dominio público fue siempre ostentada por Roma o la *civitas* correspondiente. En cuanto al elemento subjetivo, las *res extra commercium* estaban integradas por las *res communis omnium* –el aire, agua corriente, mar y litorales–, por las *res publicae in uso publico* –aquellas cuyo uso era común a todos los ciudadanos, como los puertos, ríos y aguas públicas, carreteras, lugares públicos, etc. – y por las *res universitates* –equivalentes a las *res publicae* en el ámbito de las colonias y municipios. Estas dos últimas clases de bienes son actualmente el núcleo “clásico” de dominio público⁹⁷. El **elemento teleológico** está dado precisamente por la *publicatio* o adscripción a un fin público de un determinado bien. Finalmente, el **elemento normativo** se aprecia en la existencia de un régimen jurídico de Derecho Público de los bienes demaniales.

En Roma, las *res fiscales* fueron de naturaleza privada, constituyendo el origen del actual patrimonio privado del Estado. Sin embargo, de acuerdo con MONTT, la naturaleza privada del *fiscus* “fue una particularidad romana, que aunque recogida por la cameralística alemana, no es actualmente predicable para ninguno de los ordenamientos jurídicos continentales, entre ellos el chileno. Por ello, no puede

⁹⁶ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 48

⁹⁷ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 50

hoy en día hacerse como principio, una sinonimia entre *res fiscales* y dominio privado del Estado”⁹⁸.

En cuanto a la relación jurídica del *populus romanus* con las *res publicae*, aunque los textos romanos son bastante confusos y equívocos a este respecto, son más numerosos los datos del Derecho Romano en torno a la existencia de un derecho de propiedad estatal sobre los bienes del dominio público. Ahora, es importante precisar que el *populus Romanus* “hace referencia a una comunidad organizada de ciudadanos romanos, pero en ningún caso a un complejo unitario configurado como persona jurídica”⁹⁹. Sólo en el Derecho clásico tardío y en el Derecho postclásico puede admitirse una concepción cercana al concepto de persona jurídica (siglo III d.C. en adelante).

Avanzando en la historia, el patrimonio de la Corona constituye el antepasado medieval del dominio público, especialmente aquellas épocas en que “la Corona era centro fundamental de lo que hoy llamamos Estado”¹⁰⁰. La primera parte de la Edad Media, más conocida como la Alta Edad Media, se caracterizó por “la presencia de una propiedad personal del rey sobre las *res publicae*, o en su defecto, de una “propiedad colectiva de mano común”¹⁰¹. Posteriormente, en el siglo XII, durante la Baja Edad Media, el cultivo de la filosofía escolástica y la recepción de los textos jurídicos romanos dieron lugar a la conceptualización de la Corona como titular de los poderes públicos, y al rey como “un simple tutor o curador de dicho sujeto corporativo”¹⁰². Adicionalmente, la creación por parte de los juristas medievales de una teoría para explicar el patrimonio de la Corona, recurriendo a la categoría romana de las *res publicae* y las *res fisci* para afectar los bienes de dicho patrimonio en forma permanente a los intereses generales del reino, produce “la génesis del Estado moderno”¹⁰³. En efecto, durante la Baja Edad Media se produce una completa publicación de las *res publicae*, en virtud

⁹⁸ Id.

⁹⁹ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 50

¹⁰⁰ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 56

¹⁰¹ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 95

¹⁰² Id.

¹⁰³ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 96

de la cual “todos los bienes de la Corona quedan sujetos al mismo estatuto de inalienabilidad e imprescriptibilidad que les caracteriza”¹⁰⁴.

La Revolución Francesa constituye el “hito que marca el fin del Antigua Régimen y el comienzo del nuevo modelo de Estado democrático”¹⁰⁵. El orden político que inicia la Revolución está expuesto en forma concentrada en el artículo 3° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación o estamento, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella”. En definitiva, se produce un cambio en la titularidad del poder público, pasando del Rey a la Nación, única depositaria de la soberanía. Este cambio de titularidad tuvo repercusiones importantes en el campo de los bienes públicos, una de ellas fue el cambio de lenguaje utilizado para referirse a éstos: “Bienes Nacionales” y “dominio público”.

De acuerdo con MONTT, PARDESSUS (*Traité des Servitudes ou services fonciérs, Paris, 1806, 1ª Ed., T. I*) debe ser considerado el precursor de la teoría moderna del dominio público, al distinguir por primera vez el significado de los términos “dominio público y “bienes nacionales”. Mientras la primera de tales expresiones correspondería a la categoría tradicional de bienes inalienables e imprescriptibles (*res publicae*), la segunda haría referencia a la categoría general de bienes del Estado respecto de los cuales éste se comporta como un propietario privado.

Sin embargo, fue PROUDHON quien, en su *Traité du Domaine Public* de 1833, primero distinguió con claridad y precisión entre el dominio público y el dominio privado del Estado, “continuando con la huella abierta por Pardessus”¹⁰⁶. Para PROUDHON, “los bienes de dominio público, que son los que hoy consideramos de uso público (ríos, playas, vías públicas, etc), son inalienables e imprescriptibles y sobre ellos no ostenta el Estado un Derecho de propiedad, pues dichos bienes

¹⁰⁴ Id.

¹⁰⁵ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 98

¹⁰⁶ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 102

son insusceptibles de apropiación, son bienes *extra commercum*, bienes comunes que no pueden pertenecer a nadie. Al Estado corresponde ejercer sobre ellos un conjunto de potestades de vigilancia y policía¹⁰⁷. De esta manera, a partir de PROUDHON, el término genérico bienes nacionales comprende a los bienes de dominio público y a los bienes de dominio privado del Estado, recuperándose así la protección jurídica especial de imprescriptibilidad e inalienabilidad derogada en la Revolución Francesa.

En definitiva, el concepto de dominio público, tal como se entiende hoy en día, es producto de una “larga construcción doctrinal y jurisprudencial de los juristas franceses de la primera mitad del siglo XIX, en particular de Proudhon”¹⁰⁸.

2.4 Elementos del dominio público

Como se señaló precedentemente, de acuerdo con la doctrina europea, el contenido típico del dominio público está constituido por los siguientes elementos:

1. Elemento Subjetivo
2. Elemento Objetivo
3. Elemento Teleológico
4. Elemento Normativo

2.4.1 Elemento subjetivo: la titularidad pública

El elemento subjetivo del dominio público es aquel que exige que sólo una persona jurídica de Derecho Público pueda ser titular de los bienes demaniales, a fin de garantizar la afectación y proteger la integridad patrimonial del privado. Por

¹⁰⁷ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 103

¹⁰⁸ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 103

lo tanto, la esencia propia del dominio público, como institución, exige como requisito *sine qua non* que la titularidad corresponda a una Administración Pública. La cuestión radica en determinar quién es el sujeto titular del dominio público: el Estado o la nación.

El término bienes nacionales utilizado por las codificaciones del siglo XIX de varios países, entre ellos la chilena, y su incorporación en textos constitucionales modernos –como es el caso del artículo 19 N° 23 de la Constitución de 1980 que señala a la nación como la titular de los bienes inapropiables– ha llevado a más de un autor a señalar que no es el Estado el titular de los bienes de dominio público, sino que la nación o incluso el Pueblo.

MONTT plantea que “son los distintos entes que integran la administraciones del Estado, en cuanto personificaciones jurídicas del Estado, los titulares de los bienes de dominio público y no la nación ni el Pueblo”¹⁰⁹. Basa su planteamiento, en que el concepto nación –como también el concepto de soberanía– son conceptos más bien políticos que jurídicos, en tanto que el concepto de “dominio público es un concepto jurídico técnico, formal y contingente, producto de una cultura y un momento concreto del desarrollo de la ciencia del Derecho”¹¹⁰. Así, el dominio público, entendido como función pública, requiere de una serie de cosas o bienes en sentido jurídico-civil, por lo que se hace necesario extraer dichos bienes del tráfico jurídico ordinario, como medida de protección de esa misma función pública. Además, la contraposición entre el Estado y la nación, en el ámbito patrimonial, tendría un claro origen histórico. En efecto, durante el siglo XIX, en España y en el resto de Europa, el Estado como persona jurídica solamente existía cuando actuaba en forma jurídico-privada, en tanto que cuando actuaba “gobernando” y “administrando” lo hacía como una persona moral, colectiva o una personalidad gobernante. En consecuencia, la titularidad de la Nación sobre los bienes de dominio público significaba su atribución al Estado como personalidad gobernante de dichos bienes y no como parte de su patrimonio privado.

¹⁰⁹ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 140

¹¹⁰ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 141

Precisamente, la finalidad de usar el concepto Nación era hacer más clara esta diferencia entre el dominio público y el patrimonio privado del mismo.

Esta es la postura abrumadoramente dominante en la doctrina y la jurisprudencia nacionales. La Corte Suprema lo ha declarado en reiteradas ocasiones. Así, para citar sólo un caso reciente, la Corte ha sostenido que los bienes nacionales de uso público sólo pueden ser propiedad y posesión del Estado como “personificación de la nación”¹¹¹.

Por su parte, La Contraloría General de la República, ha sostenido que: “Los bienes nacionales de uso público y los fiscales, junto con poseer la características común de ser ambos propiedad del Estado, presentan una distinción, cual es el hecho de que el uso de los primeros se ha entregado a la comunidad en general y de los últimos está reservado al Estado o a determinada persona jurídica para el cumplimiento de las finales públicas que le son propias”¹¹².

Para la doctrina civil nacional es también claro que las expresiones “nación” y “Estado” son jurídicamente equivalentes, por lo que los bienes que pertenecen a la nación toda son evidentemente bienes cuya titularidad la tiene el Estado.

ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC declaran: “es indudable que el inciso 2° del artículo 547 del Código Civil refiere al Estado cuando cita la nación entre las personas jurídicas de derecho público”¹¹³.

CLARO SOLAR explica que “las disposiciones del art. 589 importan, desde luego, el reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, o sea de la nación o el pueblo chileno organizado bajo ciertas autoridades”¹¹⁴.

¹¹¹Corte Suprema, sentencia de reemplazo, rol N° 2846-03, c.3.

¹¹²Dictamen N° 5.813-1998

¹¹³ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC. Op.cit. p.520

¹¹⁴CLARO SOLAR, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. T. vi. P. 170

Sin embargo, CELUME y VERGARA BLANCO han alzado sus voces en contra de esta tendencia, alegando que de acuerdo al derecho chileno, no puede decirse que el Estado sea titular del dominio sobre los bienes nacionales de uso público.

Así, el profesor VERGARA, señala que: “En una situación claramente definida han quedado los bienes público o bienes nacionales de uso público o “que deban pertenecer a la Nación toda”, concepto éste cercano a “pueblo”, en quien reside la soberanía, y que por eso mismo los aleja de cualquier titularidad estatal. Por lo tanto, estos bienes que deban pertenecerá la “Nación toda” no corresponden ni pertenecen al Estado, ni a alguno de sus órganos”¹¹⁵.

CELUME, por su parte, apoya esta idea afirmando que: “Los desajustes con los conceptos doctrinales europeos a nuestro juicio surgen de la evidencia que mientras éstos se centran en la titularidad de los bienes por parte de las Administraciones públicas (como elemento subjetivo), el Derecho chileno niega valor a este aspecto, confiriendo una noción política de pertenencia nacional (la nación toda”), focalizándose en su uso a favor de todos los habitantes en razón de su destinación al cumplimiento de un interés general”.¹¹⁶

En relación con las declaraciones anteriores, ATRIA y SALGADO¹¹⁷ declaran que “negar que el estado pueda reclamar la tutela pública de dichos bienes implica que, por tanto, *nadie* puede reclamarla. Porque parece evidente que, como CELUME reconoce, no es posible la titularidad dominical de la nación, en la medida en que esta “no puede tener el carácter de sujeto de derechos”.

Agregan, “Si bien es correcto decir que el Estado no es ‘el dueño’ de los bienes nacionales de uso público, dado que no tiene derecho a usar, gozar y disponer de ellos arbitrariamente [...], no quiere decir que el Estado no sea *titular* de esos bienes en el sentido en que es la persona jurídica a quien les son atribuidos [...].

¹¹⁵VERGARA BLANCO, Alejandro. El Novísimo derecho de bienes públicos y Recursos Naturales en Chile. Publicatio, Derechos Reales Administrativos. Revista de Derecho Administrativo, Vol.49, 2004. p.579

¹¹⁶ CELUME Byrne. Op.cit. pp. 144-145.

¹¹⁷ ATRIA, Fernando y SALGADO, Constanza. El Dominio Público y el Régimen de Aprovechamiento de las Aguas en Chile. Primera Edición. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile. 2015. p.39

Así, en términos del derecho civil, si invocando el artículo 590 del Código Civil un predio es inscrito a nombre del Estado y luego afectado al uso público, el Estado adquiere con la inscripción la posesión de ese predio. El predio era en realidad de un particular que lo tenía inscrito a su nombre, el afectado habrá perdido, con la inscripción a nombre del Estado la posesión del predio. Y como todo dueño que ha perdido la posesión de su cosa tiene una acción reivindicatoria para demandar al poseedor de la misma para que se lo restituya, el sujeto pasivo de esa acción es, evidentemente el estado, a nombre de quien está inscrito el predio. Si al inscribir invocando el art. 590 el Estado no adquiere la posesión del predio respectivo, el particular afectado no tendría acción para la protección de su dominio. Aquí puede apreciarse que, aunque el estado no es en el sentido del artículo 582 dueño de una plaza, si reclama ser el titular del señorío máximo reconocido por el derecho sobre esa cosa, y sí aparece ante los demás como dueño. Como no tiene derecho de dominio sobre el inmueble, éste no está en el patrimonio del Estado (el Fisco) y no es embargable, etc., pero eso no implica negar que quien detenta la titularidad del señorío máximo sobre la cosa es el Estado, a nombre de la nación”¹¹⁸.

Si, efectivamente, la tesis de CELUME y VERGARA fueran correctas, implicaría “que el Estado no tiene una posición especial frente a esos bienes. Por lo que si decidiera conceder a los particulares derechos a usos privativos sobre bienes nacionales de uso público (el caso más claro son los derechos de aprovechamiento de aguas), ellos serían derechos de dominio idénticos a los derechos constituidos sobre bienes privados, porque el Estado no tendría respecto de esos bienes derecho de titularidad alguna”¹¹⁹.

En este mismo sentido opina MONTT, al señalar que si los distintos entes que integran la administraciones del Estado no fueran titulares de los bienes nacionales de uso público, “la titularidad pública sería una figura carente de sentido, al igual que la propia institución del dominio público, reduciéndose el tema

¹¹⁸ ATRIA y SALGADO. Op.cit. p.40

¹¹⁹ ATRIA y SALGADO. Op. cit. p.41

a un mero conjunto de potestades estándares y a un desarticulado grupo de bienes *res nullius*¹²⁰.

En conclusión, la tesis tradicional (sostenida por la Corte Suprema) implica entender que la personificación jurídica de la nación es el Estado, por lo que los derechos de aquélla aparecen ante el derecho como derechos de éste.

2.4.1.1 Naturaleza jurídica del derecho del ente estatal sobre los bienes nacionales de uso público

Habiéndose ya establecido la titularidad del Estado sobre los bienes nacionales de uso público, corresponde, ahora, determinar la naturaleza jurídica del derecho de aquél sobre las cosas públicas. Desde un punto de vista doctrinario, existen tres posiciones que explican el derecho del ente estatal sobre los bienes que componen su dominio público:

- a) La que niega la propiedad y sostiene que los entes públicos ejercen únicamente poderes de policía, de guarda y de super vigilancia sobre los bienes de su dominio público;
- b) La que considera que los bienes dominicales son objeto de un derecho de propiedad de igual naturaleza que el establecido en el Código Civil; y
- c) La que otorga a las personas públicas un derecho de propiedad sobre las dependencias de su dominio público, cuyo régimen jurídico difiere sensiblemente del derecho de propiedad privada.

¿Cuál de estas tres corrientes doctrinarias inspira los preceptos de nuestro Código Civil?

El texto básico en esta materia son los incisos 1° y 2° del artículo 589, que expresa: “*Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la*

¹²⁰ MONTT Oyarzún. Op.cit. p.146

nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos”.

Para la correcta interpretación de este precepto, es necesario, en primer término, fijar el alcance de las expresiones “nación” y “dominio” empleadas por el legislador.

Don Andrés Bello es indudablemente quien más luces puede dar sobre el problema, haciendo sinónimas las expresiones “nación” y “estado”, al señalar: *“Nación o Estado es una sociedad de hombres que tienen por objeto la conservación y felicidad de los asociados; que se gobiernan por leyes positivas emanadas de ella misma y es dueña de una porción de territorio”.*¹²¹

En lo que se refiere al significado de la palabra “dominio” empleada por el artículo 589, inciso 1°, algunos autores sostienen no puede significar otra cosa que propiedad, pero propiedad en general, no referida a la definición del artículo 582 del Código Civil”.

En efecto, ATRIA Y SALGADO señalan que “nuestro sesgo privatista nos podría hacer pensar que el régimen del dominio público no es sino el régimen de la propiedad privada, pero que comparten varios sujetos (o “la nación toda”) sobre una cosa. Esta idea es incorrecta. El régimen de la propiedad privada es incompatible con el del dominio público y con su justificación”¹²².

El régimen de la propiedad privada en Chile se encuentra caracterizado en el artículo 582 del Código Civil, que en su inciso 1° señala: *“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”.*

¹²¹ BELLO, Andrés. Principios de Derecho Internacional. 3ª ed. Valparaíso. 1864. p. 17. BELLO escribió el primer tratado de derecho internacional publicado en el continente americano en 1832, bajo el título “Principios de Derecho de Jentes”. Posteriormente, se publicó como “Principios de Derecho Internacional” en su segunda (1844) y tercera edición (1864).

¹²² ATRIA y SALGADO. Op.cit. p.10

Es evidente, entonces, que es parte del derecho de dominio que el dueño pueda, unilateral y arbitrariamente, decidir cómo usar, gozar y disponer de su bien. En principio, el dueño no tiene deber jurídico alguno, en tanto dueño, de usar la cosa de ninguna manera especial. La justificación de este régimen radica en la protección de la autonomía del dueño. Sin embargo esta protección de la autonomía que permite al dueño aprovechar su cosa “arbitrariamente”, sin consideración de los intereses o de la perspectiva de los demás, no es compatible con la justificación del dominio público. En efecto, el dominio público se justifica en su atención directa al interés general y por eso un régimen como el de la propiedad privada, en que cada uno podría usar y gozar sin consideración de los otros, se hace problemático. Por esto, la justificación del dominio público exige un régimen distinto que haga posible la satisfacción del interés general. Esa es la razón por la que el régimen del dominio público es un régimen enteramente distinto al de la propiedad privada.

Así, el dominio público no existe para garantizar a su titular un espacio de autonomía individual, sino que se trata de cosas que están afectas a la realización de una función pública, sin que dicha afección sea medida por la voluntad de nadie. Esto no quiere decir que no haya funcionarios que han de tomar decisiones respecto de la cosa, sino que quiere decir que esas decisiones deben estar orientadas a la realización de la dimensión del interés público que sea relevante en el caso. Por consiguiente, “el funcionario siempre estará en una posición completamente distinta a la del dueño, porque siempre puede ser requerido para que justifique las decisiones de uso de los bienes públicos”.

La consecuencia de esto es clara: cuando se trata del dominio público, la Constitución habilita al legislador para especificar las formas de realización del contenido público del dominio. Aquí no hay necesidad de establecer un sistema protector especial en defensa del individuo, porque este no tiene derechos sobre los bienes del dominio público. Cuando se trata del dominio privado, la Constitución protege al individuo, para asegurar que la intervención legislativa no arriesgue el espacio de autonomía que la Constitución garantiza.

2.4.2. Elemento objetivo: los bienes susceptibles de integrar el dominio público

Este elemento busca determinar qué condiciones o requisitos debe cumplir un bien para poder integrar el dominio público. Dado que la Constitución no limita la clase de bienes que pueden ser objeto del mismo, puede concluirse que la noción de dominio público es independiente de la cualidad material de las cosas y que, por ende, pueden integrarlo bienes inmuebles y muebles, materiales e inmateriales. Por lo tanto, cualquier bien puede incluirse en el dominio público; bastará que reúna las características para cumplir la finalidad que motiva la institución demanial. Sin embargo, este planteamiento tan amplio no es compartido por la Constitución. De hecho, el estatuto normativo del dominio público es excesivamente estático y rígido. La Constitución y la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado establece los cometidos y fines de la Administración y los principios que debe tener en cuenta para ejercer el poder que se le ha encomendado, impidiendo el otorgamiento de un régimen jurídico excepcional de protección a bienes que no son merecedores del mismo.

La Constitución Política de la República reconoce y ampara tanto el dominio público (artículo 19 N°23) como la propiedad privada (artículo 19 N° 24); y dado que el dominio público es un ámbito exento de propiedad privada, es posible concluir que el reconocimiento constitucional de esta última es un claro límite al primero. En opinión de MONTT, “la redacción del artículo 19 N° 23, que ampara el dominio público como una excepción a la libertad de adquirir toda clase de bienes, es un claro indicio de la preferencia del constituyente por la propiedad privada frente al dominio público. La Constitución Política de la República no admite así el establecimiento legislativo de una República socialista donde todos los bienes sean públicos o comunes”¹²³.

¹²³ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 150

2.4.3 Elemento teleológico: la afectación a una función pública

La doctrina define la afectación como el “acto (expreso, tácito o presunto) de Derecho público por virtud del cual una cosa queda destinada a un fin de interés público (uso o servicio público) y adquiere la condición jurídica peculiar de bien de dominio público”¹²⁴.

Es importante hacer un paréntesis para aclarar que la afectación no es un concepto privativo del dominio público. Por el contrario, aparece como medular en la teoría general del patrimonio. Incluso, en el propio ámbito del Derecho Público, debe señalarse que todos los bienes que son de titularidad de los órganos de la Administración del Estado –sea demaniales o patrimoniales– se hallan destinados al servicio de una finalidad pública.

No obstante, la afectación constituye sin duda alguna la base del criterio para la determinación del dominio público. Como lo indica MONTT, “si bien, el demanio fue originalmente definido en función de una propiedad pública nacional o estatal, hoy en día la doctrina acuerda en forma unánime que toda la institución del dominio público gira sobre un *critérium* esencial: la llamada «afectación», destinación, destino, de las cosas particulares que integran sus dependencias”¹²⁵.

En relación a la afectación como destinación o vinculación real de la cosa a un fin público, esta idea se vincula con la historia del Derecho occidental, cuyo origen se remonta a la *dicatio* y *consacratio* romanas, y a la *deputatio* canónica. En virtud de estas figuras, se establece la unión o vinculación de ciertos bienes a fines que se conciben como trascendentes y superiores a los meramente individuales, situación que determina la existencia de un régimen jurídico especial de utilización y protección. En este sentido, la afectación se concibe como el acto y el efecto de dar a un bien de la Administración un destino calificable como función pública, siempre y cuando dicha destinación lo sea en términos directos e inmediatos, esto es, del bien por sí, y no por su utilidad patrimonial o por su valor de cambio.

¹²⁴ MONTT (2002. p. 156) cita a SAINZ Moreno (1999. p.492)

¹²⁵ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 154

Otra perspectiva o acepción del concepto de afectación hace referencia a tres cosas distintas pero íntimamente ligadas: al acto formal en virtud del cual un bien de titularidad pública se integra en el dominio público; al efecto emanado de dicho acto, que determina un estadio permanente de integración del bien a la categoría demanial que se consigue a continuación de dicho acto inicial; y, por último, a las potestades de afectación de la Administración¹²⁶.

En cuanto a los “fines públicos” perseguidos con la afectación, actualmente la doctrina comparada es unánime en aceptar dos grandes especies de fines públicos que definen el dominio público: el uso y el servicio público.

La afectación al uso público, es la primera y más antigua de las afectaciones. En virtud de ella, la cosa queda vinculada al uso de todos los administrados sin distinción ni preferencia ninguna, generando un régimen de uso y aprovechamiento *uti universo*. En nuestro Derecho, los bienes afectos al uso público corresponden a los denominados *bienes nacionales de uso público*, esto es, aquellos cuyo “uso pertenece a todos los habitantes de la nación” (artículo 589 inciso 2° del Código Civil)¹²⁷. En efecto, el Código Civil chileno consagra expresamente el criterio del uso público directo como característica de los bienes del dominio público.

2.4.4 Elemento normativo: la in comerciabilidad o indisponibilidad del dominio público.

En términos generales, el elemento normativo es “aquel que precisa la concurrencia, junto a los otros ya estudiados, de un régimen exorbitante de Derecho público”¹²⁸.

La esencia del elemento normativo se encuentra en el hecho de que el dominio público se encuentra regido por un estatuto de Derecho Público exorbitante frente

¹²⁶ MONTT Oyarzún. Op.cit. pp. 159-160

¹²⁷ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 162

¹²⁸ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 171

al Derecho Privado. Este estatuto cumple la función básica de impedir todo posible tráfico jurídico-privado sobre los bienes afectados al dominio público, protegiendo así tanto la titularidad pública como los fines de utilidad pública encomendados a los bienes demaniales.

La inenajenabilidad, como atributo característico del dominio público, impide que los bienes integrados a éste se conviertan en objeto de la autonomía de la voluntad particular, al mismo tiempo que asegura que sólo se puedan constituir derechos sobre ellos, en virtud de las normas de Derecho Administrativo. Lo más importante, la inenajenabilidad opera tanto frente al administrado, impidiéndole toda usurpación o apropiación en base a títulos civiles, como frente a la Administración, impidiéndole devolver el bien al tráfico entre particulares.

Otras características definitorias del dominio público son su inalienabilidad, imprescriptibilidad y su inembargabilidad.

2.4.4.1 Inalienabilidad del dominio público

La inalienabilidad constituye una prohibición absoluta y total para la Administración de efectuar cualquier clase de enajenación en los bienes de dominio público. En palabra de MONTT, “la inalienabilidad protege la titularidad pública y con ello la afectación, pues suprime toda posible titularidad jurídica-privada de particulares sobre los mismos, y garantiza la pervivencia de un régimen jurídico exorbitante y de exención del orden jurídico-civil ordinario, dejando a cubierto la función pública correspondiente”¹²⁹.

2.4.4.2 Imprescriptibilidad del Dominio Público

La imprescriptibilidad protege los bienes que conforman el dominio público en contra de la adquisición de derechos por parte de los particulares, amparando así la afectación o destino público previsto por el ordenamiento. La diferencia entre la

¹²⁹ MONTT Oyarzún. Op.cit. p. 173

inalienabilidad y la imprescriptibilidad radica en que mientras la primera impide actos y contratos de comercio jurídico privado, la segunda frena la posesión y usucapión de los particulares sobre los bienes del dominio público.

Desde el punto de vista de las cosas públicas, el dogma de la imprescriptibilidad tiene por objeto defender la integridad de las instalaciones demaniales frente a posibles usurpaciones de los particulares que podrían llegar a imponerse por el transcurso del tiempo. En efecto, la imprescriptibilidad hace posible el cumplimiento de la función pública que el ordenamiento les ha asignado expresamente a los bienes públicos, impidiendo la constitución de títulos jurídicos privados en virtud del paso del tiempo. Así, como lo dispone el artículo 2498 del Código Civil, no pueden ganarse por prescripción los bienes que no están en el comercio humano, por lo que la técnica demanial excluye ciertos bienes del tráfico jurídico-privado, traduciéndose esta in comerciabilidad en imprescriptibilidad.

2.4.4.3 La inembargabilidad del dominio público

Otra característica típica del estatuto normativo del dominio público es aquella que establece la inembargabilidad de sus bienes. Esta regla tiene por objeto “la protección de la afectación de los bienes a la finalidad pública prevista por el ordenamiento, impidiendo que la ejecución de sentencias judiciales se transforme en un obstáculo a la prestación asistencial que cumple el bien demanial”¹³⁰.

En todo caso, la inembargabilidad es una característica general del patrimonio estatal, que tiene por objeto proteger la integridad del mismo. Nació en la Revolución Francesa, como consecuencia de la separación de poderes y de la correspondiente exención de la Administración del Estado frente a la acción de los Tribunales de Justicia. Hoy en día, la vigencia de la inembargabilidad de los bienes estatales se funda en el principio de la autotutela administrativa.

¹³⁰ MONTT Oyarzún. Op.cit. p.173

En opinión de MONTT, la inembargabilidad general de los bienes de la Administración del Estado constituye una exorbitancia que no se justifica en el moderno Estado Social y Democrático de Derecho. Según él, “la derogación del derecho de prenda general respecto al Estado, implica dos rudos golpes al ordenamiento constitucional que es necesario reprimir, a saber: el primero, la destrucción de la noción del Estado como sujeto patrimonial, pues derogado el derecho de prenda no hay un verdadero y completo concepto de patrimonio; el segundo, el grave atentado contra los derechos de los particulares, quienes ven injustamente retardado y obstaculizado el cumplimiento del fallo, quedando a merced o a capricho del ministro respectivo, con baja o nula posibilidad de coacción judicial”. En el derecho comparado, la opinión mayoritaria se muestra contraria a este principio.

2.5 Principios que informan el uso público en los bienes nacionales de uso público.

Son fundamentalmente los siguientes:

- a) Principio de la libertad
- b) Principio de la igualdad
- c) Principio de la gratuidad

2.5.1 Principio de la libertad

El uso común es libre y pertenece a todos los habitantes de la nación sin distinción. Consiste en el poder legal de utilizar las dependencias dominicales sin sujeción, en principio, a ninguna formalidad previa y para los fines que se estime convenientes dentro de los límites impuestos por el destino del bien.

2.5.2 Principio de igualdad

Este principio es consecuencia del principio de la igualdad que rige la organización constitucional de los estados y consiste en que todos los habitantes tienen igual derecho a hacer uso de los bienes nacionales de uso público.

Cada usuario utiliza las distintas dependencias dominicales en las mismas condiciones que los demás. El principio de la igualdad va a fundar asimismo la intervención del poder de policía, con el objeto de asegurar a cada uno el respeto de su poder de utilización de las dependencias dominicales.

2.5.3 Principio de gratuidad

La utilización de los bienes públicos, que es libre e igual para todos, debe ser gratuita. En principio, el estado no puede imponer a los usuarios obligaciones pecuniarias derivadas de su facultad de servirse de los medios puestos a su disposición para la satisfacción de sus necesidades generales. Sin embargo, se admite que la autoridad pueda imponer retribuciones pecuniarias por el uso de ciertos bienes públicos, dado que el principio de la gratuidad no es una condición de la esencia de los bienes públicos, sino de su naturaleza. También está el hecho de las cosas públicas sufren deterioro por el uso, lo que obliga a la autoridad la reglamentación de éste, con el fin de disminuir esos deterioros, en la medida de lo posible, como asimismo la posibilidad de exigir ciertos derechos en relación directa con la mayor utilización que ciertos usuarios realizan de la cosa, causando mayor deterioro que el resto.

2.6 El dominio público en la legislación nacional

2.6.1 La Constitución Política de la República

La norma fundamental en materia de dominio público, es el artículo 19 N° 23 de la Constitución. Según el mismo:

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

Junto con esa norma, debe también indicarse el artículo 60 N° 10, que se aplica a todos los bienes que se hallan en poder del Estado:

“Sólo son materias de ley: Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión”;

En cuanto al origen de estas normas, se puede señalar que el artículo 19 N° 23 constituye una novedad de la Constitución del 1980, en tanto que el artículo 60 N° 10 es una repetición casi idéntica del artículo 44 N° 33 de la Constitución de 1925,

Como se acaba de indicar, el artículo 19 N° 23 representa una creación original de la Constitución de 1980 y constituye una norma fundamental en la construcción de la Teoría del dominio público en Chile.

En cuanto a su estructura normativa, el inciso primero establece la libre apropiabilidad de todos los bienes, con la excepción de aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, y aquellos que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así, entendiendo siempre esta categoría como equivalente a los bienes nacionales de uso público. El inciso segundo, por su parte permite a una ley de quórum calificado y siempre que lo exija el interés nacional, reservar al Estado el dominio exclusivo de ciertos bienes. Este diseño se debe a que la preocupación esencial de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, la Comisión Ortúzar, era “dejar fuera del

alcance discrecional del legislador el establecimiento de bienes nacionales de uso público, dado que su esencia derivaría supuestamente de un hecho natural y externo a la determinación legislativa, y reducir con ello la reserva del inciso segundo a la sola categoría de los bienes fiscales o del Estado. A mayor abundamiento, la reserva de bienes al Estado quedaba limitada en tres sentidos: uno, debía referirse a bienes sin dueño; dos, debía cumplir con el concepto indeterminado “interés nacional”; y, tres, debía establecerse por medio de ley de quórum calificado. Así se protegería a Chile de cualquier nuevo intento de establecimiento de una nueva República socialista basada en el sistema de la propiedad pública”¹³¹.

Como se desprende de las respectivas actas de la Comisión Ortúzar, se tuvieron en mente dos objetivos principales al establecer la garantía constitucional de la libre apropiabilidad de los bienes. Por una parte, establecer la propiedad privada como límite objetivo al dominio público y, por otra, dar a esta garantía el contenido propio de un derecho social, en el sentido de establecer una política social que facilite el acceso al dominio, es decir, “hacer accesible el derecho de dominio al mayor número de personas”¹³².

De acuerdo al proyecto de los comisionados, el artículo 19 N° 23 se ideó como una garantía “premisa” al derecho de propiedad contenido en el actual artículo 19 N° 24. Así, a juicio de los miembros de la Comisión, la protección del dominio ya constituido y de los derechos ya adquiridos (artículo 19 N° 24) debía tener como supuesto lógico un principio constitucional de “Orden Público Económico”, en virtud del cual todos los habitantes pudieran acceder legítimamente a la calidad de propietarios. Ello llevó a que esa garantía se redactara como una “libertad” y no como un “derecho”.

2.6.1.1 Análisis del artículo 19 N° 23

¹³¹ MONTT Oyarzún. Op.cit. p.206

¹³² ORTÚZAR ESCOBAR, Enrique, en Acta de la Sesión N° 157, p.13.

Excepciones contenidas en el inciso 1° del artículo 19 N° 23:

- a) **Bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres.** Estos bienes constituyen una antigua institución romana, recogida en la Siete Partidas, y luego en el artículo 585 del Código Civil. Siguiendo al Código Civil, la Constitución ha hecho suya la tradición antigua que distingue las *res communes* de las *res publicae*, por lo que cabe asimilar esta primera excepción al artículo 585 del Código.

Los ordenamientos jurídicos de distintos países, junto al Derecho Internacional, consideran que son ejemplo de estos bienes, la alta mar, el espacio aéreo y subterráneo correspondiente a la alta mar y el espacio ultraterrestre, entre otros. La luz solar también estaría dentro de esta categoría de bienes.

- b) **Bienes que deban pertenecer a la nación toda.** Esta excepción constituye el fundamento de Derecho positivo central para la construcción de la teoría del dominio público en Chile. A la luz de esta excepción contenida en el inciso 1° del artículo 19 N° 23, se podría definir el dominio público en Chile como “**el conjunto de bienes no susceptibles de dominio privado que deben pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así**”¹³³. Por lo tanto, el dominio público puede ser concebido como un conjunto de bienes no susceptibles de dominio privado. Frente a la libertad para adquirir el dominio privado de toda clase de bienes, la Constitución exceptúa aquellos que deban pertenecer a la nación toda. Sin embargo, esta no susceptibilidad de dominio privado no debe confundirse con la *inapropiabilidad* civil. De acuerdo con el artículo 585 del Código Civil, los únicos bienes inapropiables son los que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres. En consecuencia, los bienes nacionales de uso público y fiscales son apropiables y constituyen una propiedad nacional, tal como lo declara el Código en varias oportunidades (arts. 593, 599, 602, 605 y 1108). Así, la no susceptibilidad de dominio privado constitucional es una categoría que comprende, por una parte, a los bienes no

¹³³ MONTT Oyarzún. Op.cit. p.211

susceptibles de ninguna clase de titularidad (los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres) y, por otra, los bienes no susceptibles de propiedad privada pero sí de titularidad pública (bienes nacionales).

La “nación toda” como sujeto titular de los bienes no susceptibles de apropiación privada, es una expresión que el Constituyente copió del artículo 589 del Código Civil. Es necesario recordar que, en el Estado Moderno de Derecho, toda referencia jurídico-patrimonial a la nación debe entenderse hecha al Estado debidamente personificado en la administración pública.

De conformidad a la historia fidedigna de la Constitución, el contenido y sentido de esta segunda excepción a la libre apropiabilidad de los bienes, es decir, los “bienes que deban pertenecer a la Nación toda y una ley lo declare así”, debe buscarse en el artículo 589 del Código Civil, operación que permite comprender cómo en dicha expresión, se incluyen tanto bienes nacionales de uso público como bienes fiscales que se encuentran esencialmente afectados a un servicio público.

2.6.2 El Código Civil

El código Civil es el cuerpo legal que define la clasificación fundamental de los bienes. Siguiendo al Código Civil francés, nuestro Código Civil, después de tratar “*Las Personas*” en el Libro I, se ocupa en su Libro II, “*De los Bienes, y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce*”. El Título I de dicho libro trata “De las Varias Clases de Bienes” y el Título II, “*Del Dominio*”, donde fija el concepto fundamental existente en relación con los bienes, a saber, el dominio.

A continuación, surge el Título III “*De los Bienes Nacionales*”, como un paréntesis al natural desarrollo que habría tenido el referirse de inmediato a los “*Modos de Adquirir el Dominio*”, lo que se inicia sólo en el Título IV.

Este paréntesis es perfectamente explicable, pues se presentaba a don Andrés Bello la situación de determinados bienes que, ni en la forma de adquirirlos, ni en cuanto a los derechos que sobre ellos pueden ejercerse, cabía aplicar el régimen jurídico de los bienes del derecho privado.

Así, para nuestro Código Civil, los bienes que no son objeto de dominio por parte de los particulares, pueden ser de tres tipos: *bienes comunes*, *bienes nacionales de uso público* o *bienes fiscales*, según se desprende de las siguientes normas:

Artículo 585: *Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas. /Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional.*

Artículo 589. *Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. / Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. / Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.*

De los términos de la disposición transcrita surgen las siguientes conclusiones:

- En cuanto al sujeto a que pertenecen, los bienes pueden ser nacionales o particulares. Los primeros son aquéllos cuyo dominio pertenece a la nación toda.
- Los bienes nacionales, esto es, aquéllos cuyo dominio pertenece a la nación toda pueden ser, a su vez: bienes nacionales de uso público o bienes públicos y bienes del estado o fiscales. Los primeros son aquellos de dominio de la nación toda y cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la misma; los segundos, son aquellos de dominio de la nación toda, pero cuyo uso no corresponde generalmente a todos los habitantes.

- Los bienes nacionales de uso público constituyen lo que en doctrina hemos denominado “dominio público”; los bienes fiscales forman el llamado “dominio privado” del ente estatal.

En cuanto a la expresión “*bienes nacionales*”, cabe señalar que BELLO no conocía o no estaba influido por la obra de PROUDHON, *Traité du Domaine Public*, escrito en 1833, en la cual se inventó el concepto moderno de dominio público. En opinión de MONTT, “el tenor del Código y la proximidad de fechas, permiten presumir, con relativa seguridad, que nuestro Código Civil no fue escrito bajo el influjo de la nueva doctrina del dominio público. Tan clara es la falta de influencia de la nuevas ideas del dominio público y privado del Estado de PROUDHON en el redactor del libro de los bienes, que la terminología del Código y sus proyectos corresponde a aquella que tiene su origen en la legislación de la Revolución Francesa y la redacción original del *Côde*”¹³⁴.

Uno de los tratadistas del *Côde* más seguidos por BELLO era DELVIN COURT, quien formaba parte del grupo de juristas pre-proudhonianos que no oponen las expresiones dominio público y dominio del Estado, sino que, por el contrario, utilizan como sinónimas las siguientes expresiones: *dominio público, dominio del Estado, dominio nacional y bienes nacionales*.

En definitiva, dada la época en que fue escrito el Código Civil, su redactor no conocía ni estaba influido por la categoría moderna del dominio público como opuesto al dominio privado. Para don Andrés Bello, la totalidad de los bienes nacionales –incluyendo los bienes afectos al uso público– son una propiedad de la Nación o Estado, dominio que participa de una naturaleza y características semejantes al de los particulares.

2.7 Bienes que constituyen el dominio público del ente estatal

¹³⁴ MONTT Oyarzún. Op.cit. p.231

La norma del artículo 589 del Código Civil es la consagración legislativa de la distinción de los bienes que componen el patrimonio estatal. Utilizando como criterio fundamental la afectación al uso público, distingue dos categorías de bienes nacionales: en el inciso 1º, los *bienes nacionales de uso público o bienes públicos*; y, en el inciso 2º, los bienes nacionales no afectos al uso público, llamados *bienes del Estado o bienes fiscales*.

Don Andrés Bello, conocedor y estudioso del Derecho Romano, siguió la estructura de la clasificación de CELSO, quien fue el primero en distinguir las *res publicae in publico uso* y las *res in pecunia populi*, éstas últimas posteriormente desplazadas y absorbidas en el Impero por las *res fiscali*. En consecuencia, BELLO incorpora el Derecho francés, en lo que se refiere al origen del concepto de los *bienes nacionales*, y el Derecho Romano y Medieval en lo que se refiere a la clasificación de los bienes públicos en afectos o no al uso público.

Ahora, el hecho de que Andrés Bello haya usado la estructura de la clasificación romana, no significa que haya dado a cada uno de sus componentes el mismo significado jurídico que tenían en dicho Derecho. Es importante recordar que la clasificación opera en nuestro Código sobre los bienes nacionales, concepto cuyo origen no es romano, sino más bien de la Revolución y Código francés.

Ahora bien, del tenor literal de la disposición contenida en el artículo 589 se desprende el hecho de que nuestro Código Civil consagra, expresamente, el criterio del uso público directo como característica de los bienes del dominio público, vale decir, sólo son bienes dominicales aquellos afectados directamente al uso público de todos los habitantes.

Este criterio se confirma con los conceptos que don Andrés Bello expusiera en su obra "*Principios de Derecho Internacional*": "los bienes de la nación son de varias especies. Los unos pertenecen a individuos o a comunidades particulares (como a ciudades, monasterios, gremio), y se llaman bienes particulares; los otros a la comunidad entera, y se llaman públicos. Divídanse estos últimos en bienes comunes de la nación, cuyo uso es indistintamente de todos los individuos de ella,

como son las calles, plazas, ríos, lagos, canales; y bienes de la corona o de la República, los cuales o están destinados a diferentes objetos de servicio público, como las fortificaciones y arsenales, o pueden consistir, como los bienes particulares, en tierras, casas, haciendas, bosques, minas, que se administran por cuenta del Estado; en muebles, en derechos y acciones”¹³⁵.

CLARO SOLAR, consideraba que los bienes de dominio público eran sólo aquellos cuyo uso pertenecía a todos los habitantes de la nación, ya sea que la propia naturaleza de los bienes que no los hace susceptibles de una apropiación exclusiva de los particulares en la utilidad que están llamados a prestar, como el mar adyacente y sus playas, los grandes lagos, los grandes ríos, ya sea porque han sido construidos para ser afectados al uso general de todos los habitantes sin distinción, como las calles, plazas, caminos y puentes. Todos los demás bienes nacionales constituían parte del dominio privado del Estado.

Ahora bien, la enumeración que contiene el artículo 589 del Código Civil **no tiene el carácter de taxativa**, prueba de ello es el uso de la expresión “*como*”.

En efecto, el artículo 595 del mismo cuerpo normativo también enumera otros bienes nacionales de uso público, al declarar: “*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público*”; en tanto que el artículo 596, inciso 1° dispone: “*El mar adyacente que se extiende hasta las doscientas millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, y más allá de este último, se denomina zona económica exclusiva. En ella el Estado ejerce derechos de soberanía para explorar, explotar, conservar y administrar los recursos naturales vivos y no vivos de las aguas suprayacentes al lecho, del lecho y el subsuelo del mar, y para desarrollar cualesquiera otras actividades con miras a la exploración y explotación económica de esa zona*”.

Así, el conjunto de los bienes públicos puede dividirse, de acuerdo a su naturaleza intrínseca en:

¹³⁵BELLO, Andrés. Principios de Derecho Internacional. 3ª edición. Valparaíso, Chile. 1864. p. 34

- a) Dominio público terrestre
- b) Dominio público marítimo y fluvial
- c) Dominio aéreo. Si bien este dominio no ha sido mencionado por el Código, dado que la enumeración de legislador no es taxativa, sino que por el contrario, admite la incorporación de nuevos bienes públicos, es que es posible aceptar la existencia de este dominio aéreo constituido por el espacio aéreo.

Forman parte del dominio público terrestre las calles, plazas, puentes, caminos públicos, entre otros.

Por su parte, forman parte del dominio público marítimo y fluvial, el mar adyacente y sus playas, ríos y aguas que corren por cauces naturales y grandes lagos que pueden navegarse por buques de más de 100 toneladas (arts. 589, 595, inc. 1° y 596, inc. 1° del Código Civil)

2.8 Usos privativos del dominio público

Si bien los bienes del dominio público no pueden ser apropiados por los particulares, sí admiten la posibilidad de usos especiales o usos privativos, distintos al uso común que constituye la regla general. Estos usos especiales pueden adoptar diversas modalidades.

Uso común general: es el uso típico que se ejerce sobre el bien, respecto del que todos potencialmente concurren. A este uso, por regla general, se le aplican los principios de libertad, igualdad (todos concurren en las mismas condiciones) y gratuidad. Ejemplos de este uso es el transitar por una calle, pasear por una plaza, etc.

Uso común especial: es el que se realiza respecto del bien, pero que no es el uso típico o normal. Para este tipo de uso se requiere una autorización de la

Administración. Por ejemplo, una manifestación, que antes de su realización debe ser autorizada por la autoridad respectiva.

Uso especial privativo: es el uso exclusivo y excluyente que se realiza sobre el bien. Para poder usar o aprovechar de esta forma el bien, el particular requiere que la Administración le otorgue un permiso o una concesión. Así, la concesión administrativa es un acto administrativo de carácter favorable (para el particular) en virtud del cual su esfera jurídica se amplía en la medida en que constituye a favor del particular derechos que antes no tenía. En el caso de concesiones sobre bienes nacionales de uso público, la Administración constituye derechos de uso y goce exclusivo, que antes de la concesión el particular no tenía.

La regla general es que el uso común sea libre y gratuito. Sin embargo, este tiene límites: no solo debe ser compatible con los derechos de los demás respecto del mismo bien, sino que también debe permitir su conservación. En atención a estos fines, la administración tiene la facultad de reglamentar el ejercicio del uso común.

Los usos privativos, en cambio, son aquellos que consisten en la ocupación de una parte del dominio público, a través del otorgamiento de una concesión o autorización administrativa, en virtud de la cual queda excluida la utilización de los demás. Los usos privativos son, así, de carácter exclusivo y excluyente. Por esta razón, en alguna medida dichos usos son problemáticos, en virtud del principio de igualdad que informa el dominio público. Ahora bien, el hecho de que sean problemáticos no significa que sean incompatibles, sino que requieren una justificación especial, que radica en que de esta forma el bien cumple de mejor forma o en mayor medida con su fin público. Por eso, las concesiones o autorizaciones de usos privativos deben conciliar dos intereses que se encuentran en tensión: por un lado, el de la persona que solicita dicho aprovechamiento o uso, persiguiendo un fin económico individual; y el de la administración (y el legislador), que debe buscar que dicho uso privado redunde en el interés general.

En relación a estos usos privativos, MONTT señala: “Las concesiones de dominio público se justifican o fundamentan por permitir hacer efectivas unas utilidades

más provechosas del demanio que el uso común general (...). Al crear una concesión demanial y al fijar sus condiciones y requisitos, el legislador y la administración concedente reconocen que dicho uso exclusivo y uso excluyente sobre el dominio público redunda en un más productivo y racional aprovechamiento del dominio público”¹³⁶.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional señalado en su sentencia rol N° 1281, considerando trigésimo quinto, “que, sin embargo, la reserva o ‘publicatio’, si bien excluye la apropiación de los bienes que la componen por particulares, no excluye a éstos del uso privativo que puedan obtener, es decir, no quedan marginados del tráfico jurídico. Mediante ciertos título habilitantes, la Administración encargada de la administración del bien demanial, entrega no el bien, pues atentaría contra su inalienabilidad, sino que reparte, por motivos de interés público, derechos de utilización o aprovechamiento privativo sobre determinadas porciones del dominio público con un destino específico”

Todo uso privativo requiere de un acto administrativo de la autoridad competente que lo conceda u otorgue y, en principio, queda siempre expuesto a que las razones de interés general que justifican su otorgamiento justifiquen su revocación. Por eso, el uso privativo es por lo general temporal. En este sentido, requiere de una justificación especial la regla que establece que los derechos de aprovechamiento de aguas tienen el carácter de perpetuos.

Como señala REYES: “no es admisible la perpetuidad del uso especial, porque acarrearía la sustracción perpetua de la parte del bien público otorgado al interés público”¹³⁷.

Una característica importante de las concesiones es que su otorgamiento no hace perder la titularidad que la administración ostenta sobre el bien. Es precisamente

¹³⁶ MONTT Oyarzún. Op.cit. p.325

¹³⁷ REYES Riveros. Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público. Chile: Editorial Jurídica. 1960. p. 131.

en razón de ello que puede seguir tutelando que se cumpla el fin al que sigue destinado, así como también protegerlo del uso desviado que pudiere hacer el concesionario.

Un ejemplo claro de uso privativo son los derechos de aprovechamiento de aguas, toda vez que implican usos exclusivos y excluyentes sobre un bien nacional de uso público, como lo son las aguas. A diferencia de lo que sucede con los bienes nacionales de uso público municipales, los derechos de aprovechamiento tal como están regulados hoy en la ley, no obedecen a las características de los usos privativos antes referidas (precariedad, temporalidad, oportunidad). Esta peculiaridad del derecho de aprovechamiento, puede en parte ser justificada por la naturaleza de recurso económico esencial que ostenta el agua. En lo demás, esto plantea la pregunta por la incompatibilidad entre el régimen legal de los derechos de aprovechamiento y el carácter del agua como bien nacional de uso público.

Si bien los derechos de aprovechamiento que el Código de Aguas da a sus titulares son, por su contenido, un dominio privado, “el fundamento constitucional de ese dominio no se encuentra en el inciso 2° del art. 19 N° 23 del texto constitucional, sino en el inciso 1°. Es decir, el régimen legal privatizado del Código de Aguas *no se funda en un dominio constitucionalmente protegido como un espacio de autonomía del titular*, sino como una decisión legislativa acerca del mejor modo de servir el interés público que justifica el estatus del agua como bien nacional de uso público. La consecuencia más importante de esto es que la competencia del legislador para modificar ese régimen, cuando ha llegado al convencimiento de que él es inadecuado desde el punto de vista de realizar el contenido público del agua, es especialmente amplia porque, aunque se trata de derechos legalmente configurados como de propiedad, esos no son derechos de propiedad constitucionalmente protegidos. La Constitución solo garantiza el derecho de dominio respecto de los bienes del dominio privado”¹³⁸.

¹³⁸ ATRIA y SALGADO. Op.cit. p.62

En cuanto a la naturaleza jurídica de las concesiones sobre los bienes nacionales de uso público, de acuerdo con el Derecho Francés este derecho a las concesiones sería un derecho real administrativo, toda vez que estos bienes no pueden ser enajenados por estar fuera del comercio, vale decir, no son susceptibles de los actos de la vida civil.

En nuestra legislación, y sobre todo en nuestra jurisprudencia, también se ha discutido esta cuestión. Algunos jurisconsultos han sostenido que este derecho a las concesiones es un verdadero derecho real.

La cuestión de la naturaleza jurídica de las concesiones es de gran importancia práctica. De acuerdo con la doctrina aceptada uniformemente por los tribunales de que este derecho tiene el carácter de un derecho real, se deduce esta consecuencia importante para el concesionario: que si es molestado en la posesión de su derecho y aun cuando esta molestia venga de parte del Fisco o del Estado que es quien le ha otorgado la concesión, tiene derecho a entablar la acción posesoria correspondiente, pues el art. 916 Código Civil señala que *“las acciones posesorias tienen por objeto recuperar o conservar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos”*.

2.9 Desafectación de los bienes nacionales

De acuerdo a los artículos 19 N°23 y 60 N° 9 de la Constitución Política del Estado, tanto los bienes fiscales como los nacionales de uso público se desafectan por ley.

2.10 El Agua como bien nacional de uso público

De acuerdo con el artículo 5° del Código de Aguas, *“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”.

Por su parte, el artículo 595 Código Civil señala, de manera categórica, que *“Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”.*

Como se ya se indicó en la primera parte de este trabajo, la ley ha declarado que las aguas son bienes nacionales de uso público desde la dictación del Código Civil, con algunas excepciones que fueron eliminadas en 1967. Por consiguiente, puede decirse con seguridad que todos los derechos de aprovechamiento hoy vigentes fueron concebidos *ab initio* como derechos de aprovechamiento sobre bienes del dominio público.

Por lo tanto, la calificación de las aguas como bienes nacionales de uso público, no solo tiene como fundamento hacer posible el uso común de las mismas, sino hacer compatible su conservación como recurso esencial. *“El carácter de dominio público de las aguas permite lograr esa compatibilidad por la vía de un régimen que permita la ordenación racional de dicho recurso. En una sociedad que consume cada vez mayores volúmenes de este recurso natural de carácter esencial, pero a la vez escaso, es imprescindible contar con una institución como lo es el dominio público, que permita poner las aguas al servicio del interés general”*¹³⁹.

Ahora bien, las concesiones sobre bienes nacionales de uso público se justifican en la medida que permiten utilidades *más provechosas de esos bienes* que el uso común general. Un derecho de aprovechamiento de aguas es, en cuanto a su naturaleza jurídica, una concesión. En virtud de ella, la Administración crea a favor del concesionario un derecho de uso y goce exclusivo sobre el bien nacional de uso público, que es el agua.

La lógica que subyace a los derechos de aprovechamiento de aguas, como a toda concesión demanial, es que deben ser compatibles con los intereses generales

¹³⁹ ATRIA y SALGADO. Op.cit. p.67

que el dominio público busca proteger. Los derechos de aprovechamiento tienen características especiales, que escapan a las típicas de las concesiones sobre otros bienes del dominio público y los acercan al dominio privado.

El hecho de que el agua sirva como un bien en procesos productivos implica la necesidad de un régimen especial. Ahí yace la justificación de la constitución de derechos exclusivos de aprovechamiento. En efecto, fuera del uso común normal, el agua es un recurso natural importante para el provecho económico de la industria y de la agricultura, entre otros. Esto quiere decir que el ordenamiento jurídico debe ser sensible a esta característica económica del agua. Como sabemos, nuestro Código de Aguas lo hace por la vía de establecer lo siguiente:

Artículo 5°: “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”.

Artículo 6°: “El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código. // El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley. // Si el titular renuncia total o parcialmente a su derecho de aprovechamiento, deberá hacerlo mediante escritura pública que se inscribirá o anotará, según corresponda, en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes raíces competente. El Conservador de Bienes Raíces informará de lo anterior a la Dirección General de Aguas, en los términos previstos por el artículo 122. En todo caso, la renuncia no podrá ser en perjuicio de terceros, en especial si disminuye el activo del renunciante en relación con el derecho de prenda general de los acreedores”.

Una cuestión que debe ser considerada es si hay contradicción entre ambos artículos. Es decir, si es contradictorio reconocer derechos de dominio privado sobre derechos de aprovechamiento de un bien nacional de uso público. Según ATRIA y SALGADO, “si el uso privativo del artículo 6° puede ser entendido como

una manera de realizar *el fin público y de interés general a lo que las aguas como en nacional de uso público sirven*, no hay contradicción. Pero esto implica que los derechos de dominio sobre los derechos de aprovechamiento son manifestaciones de una lógica regulatoria que atiende a las características especiales del agua como bien nacional de uso público, y no son, por tanto, derechos constituidos sobre bienes apropiables. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política de la República, esto implica que los derechos de aprovechamiento no gozan de la protección constitucional del derecho de dominio, porque no son derechos constituidos sobre bienes apropiables. Si, por el contrario, el uso privativo implica que ahora el titular del derecho de aprovechamiento tiene un derecho de dominio que cuenta constitucionalmente como un ámbito de protección de autonomía, por lo que tiene un espacio de libertad constitucionalmente protegido frente al legislador, entonces si hay una antinomia”¹⁴⁰.

Según VERGARA BLANCO, el régimen actual de los derechos de aprovechamiento de aguas se justifica en la medida en que “un buen sistema de asignación de las aguas, que implique una mejor eficiencia en su aprovechamiento, debe tender a evitar distorsiones en las transacciones de los derechos de uso de las mismas, lo que se logra adecuadamente, a través de un mercado de aguas”¹⁴¹.

Por su parte, CELUME ha intentado justificar el régimen de mercado de los derechos de aprovechamiento, al indicar que no hay contradicción entre un régimen de mercado de derechos de aprovechamiento y el carácter público de las aguas. Para tal efecto, redefine el sentido de la publicación en términos puramente económicos, expresando que “la finalidad actual de la publicación de las aguas (al menos para fines extractivos) está constituida por su asignación a sus usos de mayor valor. De este modo, el Derecho Público reconoce que es el

¹⁴⁰ ATRIA y SALGADO. Op.cit. p.69

¹⁴¹VERGARA Blanco, Alejandro. La libre transferibilidad de los derechos de agua. El caso del derecho chileno. p372

Derecho común el que de mejor manera articula esta posibilidad, sentando las bases jurídicas para la creación de mercados que permitan una asignación eficiente de los recursos”¹⁴².

De esta forma, la búsqueda de una asignación eficiente del recurso como fin de la publicación es el argumento principal que se esgrime para compatibilizar el carácter de bien nacional de uso público del agua con el régimen privado de los derechos de aprovechamiento.

En opinión de ATRIA y SALGADO, esta “identificación del fin que justifica la publicación es incorrecta. El objeto de la publicación de las aguas no es la “asignación eficiente” que ofrece el mercado, porque en ese caso la publicación carecería completamente de contenido”¹⁴³.

El agua no solo es un recurso esencial para nuestra supervivencia y la del medio ambiente, sino también es un bien económico. Pese a esto último, se trata de un bien del dominio público. La racionalidad tras la declaración del legislador de que el agua es un bien nacional de uso público implica que es estrictamente contradictorio que el régimen que se le impone al aprovechamiento de la misma sea del derecho privado, es decir, el régimen de la propiedad privada y el mercado. La declaración de las aguas como bien nacional de uso público implica reconocer que el legislador ha preferido excluir a las aguas de dicho régimen, sujetando su uso y aprovechamiento a un régimen público. En consecuencia, este reconocimiento de la calidad jurídica de aguas implica que la forma de usar, gozar y disponer del derecho de aprovechamiento no puede quedar al arbitrio del dueño.

Lo anterior no implica negar la existencia de derechos de aprovechamiento, toda vez que tales derechos no son sino usos privativos (usos exclusivos y excluyentes sobre el recurso), los cuales se encuentran justificados en la lógica de los bienes del dominio público, tienen un carácter económico importante, como sucede con el agua. Los usos privativos no son equivalentes ni a la propiedad privada ni al

¹⁴² CELUME Byrne. Op.cit. p.173

¹⁴³ ATRIA y SALGADO. Op.cit. p.78

mercado. Los usos privativos se sujetan a un régimen público, porque son sensibles al carácter de bien nacional de uso público que los justifica.

En varios aspectos importantes, el régimen de los Derechos de aprovechamiento que recaen en el agua como bien que forma parte del dominio público se aleja bastante del régimen del dominio público. Ejemplo de ello son la gratuidad por el uso del derecho de aprovechamiento y que la forma de ejercicio del derecho sea irrelevante, incluso cuando no se hace uso del derecho. Es evidente que el uso meramente especulativo del agua afecta de manera desproporcionada el interés público del agua como bien nacional de uso público, dado que con la especulación no hay uso económico ni productivo de ella. Bajo la lógica del régimen del dominio público es perfectamente adecuado que si se entrega un uso privado sobre un bien nacional de uso público exista como contrapartida un requerimiento de uso efectivo.

Según ATRIA y SALGADO, El problema “no es la existencia de derechos de aprovechamiento como usos privativos sobre bienes de dominio público, ni su carácter en principio perpetuo, sino el régimen privado que el Código de Aguas creó respecto de los mismos. Hoy en día puede afirmarse que la distribución del recurso la realiza el mercado y la decisión sobre la forma de uso la toma el propietario, arbitrariamente (a su arbitrio). El problema, entonces, es que ni la asignación ni el uso del agua están sujetos a un régimen público, sino que a las decisiones individuales de los distintos propietarios de los derechos de aprovechamiento”¹⁴⁴.

¹⁴⁴ ATRIA y SALGADO. Op.cit. pp.78-79

PARTE 3: PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO DE LAS AGUAS

3.1 Aspectos generales del dominio público hídrico

La Constitución Política de la República, en el inciso final del N° 24 del art. 19 reconoce la propiedad sobre los «*derechos de los particulares sobre las aguas reconocidos o constituidos en conformidad a la ley*», con lo cual. Según algunos autores, a través de dicho inciso, la Constitución estaría reconociendo implícitamente la naturaleza jurídica del agua como bien nacional de uso público, cuyo uso especial, disfrute y provecho lo otorga el Estado, normalmente por vía concesional.

En realidad, es el Código Civil, en su artículo 595, el que reconoce, de manera explícita, el carácter público de las aguas al declarar: “*Las aguas son bienes nacionales de uso público*”. De hecho, es el mismo Código Civil el que entrega una definición de bienes nacionales, al indicar, en el inciso primero del artículo 589, que son «*aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda*». En su inciso segundo agrega: «*si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de las calles, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman **bienes nacionales de uso público***». Por su parte, el inciso final del mismo artículo declara que «*los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales*».

Existe distintas posturas respecto de si los bienes nacionales son susceptibles de un derecho de dominio por parte del Estado, como lo son los bienes fiscales o patrimoniales cuyo uso no pertenece a la nación toda. Así, para algunos, el Estado sólo cumple la función de administrarlos, a través de los distintos organismos encargados de esta función. Otros, en su mayoría, consideran que entre el Estado y esos bienes existe lo que se conoce como «**dominio público**», concepto propio de la dogmática francesa, pero universalizado por el germano Otto Mayer, que plantea que la forma usual para entender el vínculo entre el Estado y los

bienes que posee es la propiedad. Por su parte, en la doctrina publicística francesa decimonónica la categoría de dominio público («*domaine public*») está plenamente consolidada, estructurando el dominio nacional en dos formas o modos: el dominio público y el dominio del Estado propiamente dicho, distingo construido a partir del Code de Napoleón. El dominio público es la reunión de bienes del Estado, que están afectados a un servicio público, que no son susceptibles de propiedad exclusiva y privada. Comprende dos tipos de bienes: los que «por su naturaleza» no pueden ser comerciables y los que «por su destinación» no pueden ser comerciables.

Sin embargo, esta teoría ha sido cuestionada, por no compartir ciertas particularidades específicas del dominio público, que no se avienen con el derecho de propiedad. Un ejemplo de ello es que los poderes que entrega el dominio y que son consustanciales a él – como los de transformar la cosa, aprovecharla, gravarla, transmitirla, destruirla, abandonarla, etc. – no son aplicables a la Administración. En efecto, ésta no cuenta con esas facultades y ellas no armonizan con la utilización de los bienes públicos dirigida a satisfacer los intereses generales de la nación.

Otra manera de entender el dominio público y el rol que juega el Estado, está vinculado al concepto de «afectación» de los bienes. Según esta postura, lo que define la «*demanio*» o «*dominio*» no es la naturaleza de los bienes sometidos o vinculados al poder del Estado sino su destinación a una finalidad especial. En tal virtud, las dependencias del dominio público están sometidas a un régimen jurídico esencialmente diverso al de la propiedad. El punto clave de esta concepción es la «afectación», esto es, la decisión de la autoridad de destinar un bien a las finalidades del demanio e integrarlo al mismo. Estas finalidades pueden ser el uso general o común, el uso público, la defensa, el fomento de la riqueza nacional o cualquier otro fin determinado.

Independientemente de estas diversas aproximaciones respecto de la relación del Estado y los bienes nacionales de uso público, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional han reconocido ciertas características propias en estos bienes,

como lo son su imprescriptibilidad, inenajenabilidad e inembargabilidad, notas rectoras de las cuales también participan las aguas terrestres, en su condición de bienes nacionales de uso público.

Ahora bien, esta condición de bien nacional de uso público del que gozan las aguas, sólo cuenta con un soporte legal explícito, pese a que algunos autores (entre ellos Vergara Blanco) sostienen que también existiría un reconocimiento implícito de dicha calidad. Si esto último fuera cierto, surge naturalmente la pregunta de si es realmente necesario reformar la Constitución en orden a declararlas bienes nacionales de uso público. Con tantas ideas en pros y contra, hay sólo una cosa de la cual no existe duda: no todo está claro en lo que se refiere al marco jurídico en materia hídrica. En efecto, hoy en día muchos actores sociales se siguen preguntando: ¿Qué son jurídicamente las aguas? ¿Cuál es su naturaleza jurídica? Se podría pensar que las respuestas son obvias, y que no es necesario analizar estos temas. No obstante, los proyectos de reforma constitucional impulsados por el Poder Ejecutivo y Legislativo, obliga a volver sobre estas interrogantes y poner a prueba la coherencia entre lo que señalan las reglas vigentes y lo que efectivamente sucede en la realidad.

El actual modelo de institucionalidad de las aguas, consagrado en 1979/1980, si bien es obra de un gobierno de un signo político muy distinto a los que ha tenido el país en las últimas décadas, es un modelo que se ha mantenido en su esencia por más de treinta años. En efecto, los únicos signos de modificaciones estructurales ocurrieron en el año 2005, durante el gobierno del presidente Ricardo Lagos, en que, aunque se pretendía hacer una modificación más sustancial al régimen de las aguas, para lo cual se desplegó un gran esfuerzo político, no se alteró en nada sustantivo el modelo original.

Si bien durante los últimos treinta años, la liberalización económica se ha extendido de manera amplia al campo de los servicios públicos de naturaleza industrial y comercial (como la electricidad, los servicios sanitarios y las telecomunicaciones), en el caso de las aguas se siguen manteniendo reglas que en su cáscara verbalizan un “dominio” cuasi propiedad estatal/nacional. Así, si

nos preguntamos, ¿quién es el propietario de las aguas? Casi todos dirían a coro “del Estado”. La pregunta que cabe hacerse es ¿existe necesidad de introducir reformas que ajusten y perfeccionen la actual regulación de las aguas?

En la actualidad, nuestro país y el mundo enfrentan condiciones hídricas críticas y preocupantes, por lo que la gestión de las aguas se ha convertido en un tema clave y de análisis obligado. En efecto, su condición de recurso escaso y su importancia económica, obligan a contar con una normativa que establezca reglas claras tanto respecto de los títulos que posibilitan su aprovechamiento, como de su administración y distribución. Cabe indicar que las aguas y su regulación, tienen una conexión expansiva con varios servicios e industrias relevantes: servicios sanitarios, hidroelectricidad, minería, agricultura, fruticultura, viticultura, y la industria en general. La pregunta es si un cambio constitucional afectaría el desarrollo de estos sectores productivos. Según algunos, una regulación que altere reglas básicas de certeza y seguridad de los títulos puede desincentivar la inversión. Otros, elevan sus voces y llaman a re-nacional o re-estatizar el agua. Según VERGARA BLANCO, estas voces no son más que “ponpas de jabón un poco anacrónicas que se difuminarán”¹⁴⁵.

3.2 Reformas Constitucionales en materia de Aguas entre 1992 y 2012

Los proyectos de reformas constitucionales en materia de aguas corresponden a 9 iniciativas presentadas al Congreso Nacional entre 1992 y 2012; ocho de ellas son mociones parlamentarias y una un mensaje de la presidenta Bachelet:

1.- En 1992 – Boletín 652-07: “Moción que modifica el Artículo 19, n° 24 de la Constitución Política, en lo relativo al Régimen jurídico de Propiedad de las Aguas” de los diputados Acuña y Gajardo. (Archivado)

¹⁴⁵VERGARA Blanco, Alejandro. Crisis Institucional del Aguas: Descripción del Modelo, Crítica a la Burocracia y Propuesta de Tribunales Especiales. Primera Edición. Chile: Legal Publishing Chile. 2014. p.24.

2.- En 2008 – Boletín 6124-09: “Reforma Constitucional sobre el dominio público de las Aguas” de los senadores Ávila, Girardi, Navarro, Ominami y Ruiz-Esquide (en Primer trámite constitucional/Senado)

3.- En 2008 – Boletín 6268-07: “Moción que modifica el Artículo 19, nº 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” de los diputados Aedo y Chahúan (en Primer trámite constitucional/C. Diputados)

4.- En 2009 – Boletín 6795-07: “Moción que modifica el Artículo 19, nº 24 de la Constitución Política de la República, con el objeto de establecer que el aprovechamiento y consumo humano del agua es de carácter prioritario” de los diputados Aedo y Chahúan (en Primer trámite constitucional/C. Diputados)

5.- En 2010 – Boletín 6816-07: “Mensaje de reforma constitucional que modifica el Artículo 19, nº 23 y 24 de la Constitución Política de la Republica”, del Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet (trámite en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento/C. Diputados)

6.- En 2010 – Boletín 7108-07: “Moción que declara dominio público de las aguas subterráneas” de los senadores Navarro, Rossi y Tuma (en tramitación en la Comisión de Constitución del Senado)

7.- En 2011 – Boletín 7589-07: “Moción de reforma constitucional que establece el dominio de las aguas y garantiza el derecho al agua para consumo de la población” de los diputados Alinco, De Urresti, Espinosa M, Espinoza F, González, Jarpa, Jiménez, Lemus, Muñoz y Tuma (en tramitación en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados)

8.- En 2011 – Boletín 7927-07: “Moción que modifica el inciso 11, numeral 24, del Artículo 19 de la Constitución Política de la República, en materia de dominio estatal de las aguas” de los diputados Araya, Carmona, Díaz, Espinosa M, Gutiérrez, Lemus, Muñoz, Robles, Vargas y Velásquez (en tramitación en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados)

9.- En 2012 – Boletín 8355-07: “Moción que declara las aguas bienes nacionales de uso público y reserva a la ley la constitución reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos de los particulares sobre aquéllas, así como la determinación de los caudales que aseguren su disponibilidad para el consumo humano” de los senadores Allende, Gómez, Letelier, Rossi y Ruiz-Esquide (en tramitación en la Comisión de Constitución del Senado)

Todas las propuestas de reforma se refieren al Artículo 19, numeral 24 de la Constitución de 1980 y se orientan a derogarlo, con el objeto de reformar el régimen jurídico de propiedad de las aguas para recuperar el dominio público sobre ellas: declarándolas bienes nacionales de uso público; estableciendo la prioridad del aprovechamiento para uso humano; garantizando el derecho constitucional al agua para consumo de la población; y estableciendo el ejercicio y extinción de derechos de los particulares al agua y el establecimiento de caudales que aseguren la disponibilidad para consumo humano y la protección y uso sustentable de las aguas.

3.2.1 Mensaje presidencial de 2010.

El 6 de enero del año 2010, la Presidenta de la República de ese entonces, Michelle Bachelet Jeria, envió a la Cámara de Diputados un proyecto de reforma Constitucional que tenía por objeto modificar el artículo 19, numerales 23 y 24 de la Constitución Política de la República, en los siguientes términos:

*“**Artículo Primero.-** Elimínase el inciso final del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República de Chile.*

***Artículo Segundo.-** Agréganse los siguientes incisos tercero, cuarto y quinto al numeral 23 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile:*

“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.

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.

La autoridad competente tendrá la facultad de reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas, para asegurar la disponibilidad del recurso hídrico.”

Según lo señalada el Mensaje¹⁴⁶ del Ejecutivo, los motivos para enviar este proyecto serían básicamente los siguientes:

1.- Importancia vital del recurso: *“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”.*

“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

¹⁴⁶ Mensaje N° 1774-357 del 6 de enero de 2010.

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”.

2.- Falta de reconocimiento Constitucional de las aguas como parte del dominio público: *“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”.*

“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 máspreciado: 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”.

3.- Situación actual del recurso hídrico: *“El agua disponible es escasa y limitada, de ahí la importancia de su regulación y protección. 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.

4.- Corregir un desbalance en el uso y aprovechamiento del recurso. *“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.

El Mensaje aclara que la reforma propuesta “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”.

“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”.

En opinión de VERGARA BLANCO¹⁴⁷, esta reforma es:

- **Incompleta**, pues los problemas que hoy aquejan a las aguas son muchos más y no fueron resueltos todos en la reforma introducida por la Ley N° 20.107, de 2005.

¹⁴⁷ VERGARA Blanco. Ob.cit. p. 30

- **Siembra inquietud** en una regulación esencial de la actividad económica, toda vez que el agua es insumo de importantes actividades económicas (minería, hidroelectricidad, servicios sanitarios, etc.)
- **Representa un retroceso** en cuanto retoma las reservas de aguas. Si se considera que los acuíferos y corrientes más relevantes ya están comprometidos, no se explica una reserva sin expropiación.
- **Es innecesaria**, dado que intenta declarar a las aguas como “bienes nacionales de uso público”, pese a que el Código Civil y el Código de Aguas ya contienen esa declaración. Según el autor, “el darle nivel constitucional no agrega nada. Aún más: la actual Constitución ya consagra de un modo implícito que las aguas son unos bienes públicos cuyo uso y derechos están sujetos a la constitución de concesiones”¹⁴⁸.

En relación con este último punto, cabe señalar que el profesor Francisco Zúñiga es de la misma opinión del Profesor Vergara, al considerar que “la Constitución de modo explícito o implícito recepciona una cláusula de dominio público para las minas y aguas terrestres, respectivamente; reservando al legislador orgánico u ordinario, según sea el caso, el régimen concesional, es decir, el uso, disfrute y beneficio de los bienes dominicales o demaniales, todo con garantía constitucional de los derechos reales administrativos que surgen de tal régimen concesional”¹⁴⁹.

Por su parte, BAUER considera que el hecho de que gobierno de Bachelet empujara hacia adelante una propuesta para cambiar la cláusula de los derechos de agua en la Constitución, justo durante la campaña electoral para elegir el

¹⁴⁸ VERGARA Blanco. Ob.cit. p. 30

¹⁴⁹ Scielo Chile. Constitución y Dominio Público (dominio Público de Minas y Aguas Terrestres). [fecha de consulta: 20 Septiembre 2016]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200003

próximo Presidente, transformó la propuesta “en una obvia maniobra de campaña, reforzando la idea que los derechos de agua son un tema político de en vez de un tema sobre el cual habría que construir un consenso amplio”¹⁵⁰.

3.2.2 Moción parlamentaria de 2012

La evidente existencia de un problema de escasez hídrica en el país, sumado a una mala administración por parte del Estado en la entrega de derechos de aprovechamiento del recurso, la inexistencia de información necesaria para su gestión sustentable y la ausencia de fiscalización, motivó durante el 2012, a un grupo de parlamentarios a conformar una Bancada Transversal¹⁵¹ como instancia de coordinación para responder, con mayor eficiencia, a la problemática sobre escasez de recursos hídricos, sequía y desertificación, e instalar este problema en la agenda política como prioridad nacional.

Entre las tareas encomendadas por la Bancada cabe destacar: la elaboración de comparados sobre los proyectos de ley de reformas al Código de Aguas y a la Constitución Política, que actualmente se encuentran en tramitación tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados. El análisis de estos textos comparados permitió a la Bancada contextualizar su trabajo, considerando los avances

¹⁵⁰ BAUER Contra la Corriente. Privatización, Mercados de Agua y el Estado de Chile. Primera Edición. Chile: Ediciones /Fundación Terram. 2002. p.296.

¹⁵¹ Esta Bancada Transversal del Agua se conformó en el marco del Día Mundial del Agua, el 22 de Marzo de 2012, y fue integrada por diputados de diversos partidos políticos, liderados por las diputadas Adriana Muñoz (PPD), Cristina Girardi (PPD), Denise Pascal (PS), Alejandra Sepúlveda (PRI), Andrea Molina (UDI) y los diputados Alberto Robles y Marcos Espinosa (PRSD), todos interesados en estudiar y acelerar la tramitación de los proyectos de ley en materia de aguas, además de generar cambios en la normativa vigente. Su primera acción fue presentar un proyecto de ley para la creación de una Comisión Permanente de Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía, cuyo fundamento apuntó a dar continuidad al trabajo de la Comisión Especial de Sequía y de la Comisión Investigadora de Extracción Ilegal de Áridos y Aguas, que se dedicaron durante el 2011 y 2012, a estudiar la situación del agua en Chile y los conflictos asociados al acceso y gestión del recurso. El 14 de Agosto de 2012 la sala de la Cámara de Diputados aprobó la conformación de una nueva Comisión Permanente para tratar los temas de Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía.

parlamentarios en la materia, realizados durante los últimos años. Así, la posterior discusión de dichas iniciativas de ley permitió a los diputados definir los elementos centrales a priorizar en su trabajo legislativo y luego integrarlos en una moción a ser discutida por la Bancada. Asimismo, se le solicitó a Chile Sustentable trabajar en un texto refundido con contenidos de los diversos proyectos de ley.

En paralelo al trabajo de análisis legislativo, la Bancada Transversal del Agua se reunió con otras instituciones del Estado, destacándose el Contralor General de la República y los Ministerios de Agricultura y Obras Públicas, para tratar la situación de escasez de los recursos hídricos, el rol y la acción del Estado al respecto.

Además del trabajo legislativo y la interlocución y fiscalización con el Ejecutivo, la Bancada Transversal del Agua realizó audiencias públicas para escuchar a los afectados por la situación de escasez hídrica y conocer la realidad de las diversas regiones del país.

Adicionalmente, el 8 de junio de 2012, un grupo de senadores (Allende, Gómez, Letelier, Rossi y Ruiz-Esquide) iniciaron en moción un proyecto de reforma constitucional¹⁵² que busca “Declarar las aguas bienes nacionales de uso público y reservar a la ley la constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos de los particulares sobre aquéllas, así como la determinación de los caudales que aseguren su disponibilidad para el consumo humano”. Actualmente, el proyecto se encuentra en tramitación en la Comisión de Constitución del Senado.

De acuerdo con sus mismos propulsores, este proyecto busca adecuar los términos de la Carta Fundamental no sólo a la regla general de derecho privado que considera que las aguas son bienes nacionales de uso público, sino que también a los instrumentos internacionales vigentes y ratificados por Chile y que, por ende, se encuentran incorporados a nuestro derecho interno”. De hecho, la crisis del recurso ha llevado a la comunidad internacional a tomar conciencia de

¹⁵² Cámara de Diputados de Chile. Proyectos de ley. Boletín 8355-07. [fecha de consulta: 11 Octubre 2016] Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8750&prmBoletin=8355-07

que el acceso al agua potable y al saneamiento debe encuadrarse en el marco de los derechos humanos. Por ende, si Chile no regula la prioridad humana en el consumo del recurso estaría incumpliendo pactos internacionales, ya incorporados a su derecho interno. Por otra parte, argumentan que problemas tales como la mala distribución del recurso hídrico, la ausencia de gobierno en las cuencas y las características inherentes a los derechos de aprovechamiento de agua, transforman la regulación del recurso agua en un asunto de seguridad nacional.

La reforma que se propone en esta materia, recoge los puntos de aquélla presentada por la Presidenta de la República Michelle Bachelet, en el ya citado Boletín N° 6816-07, del 6 de enero de 2010.

En este sentido, a través del proyecto, se intentan modificar las garantías constitucionales establecidas en los números 23 y 24 del artículo 19, elevando a rango constitucional la declaración hasta ahora simplemente legal que considera las aguas bienes nacionales de uso público, incluyendo la frase *“cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que sigan, incluidos los glaciares”*.

Por otra parte, encarga al legislador regular el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que sobre las aguas se reconozca a los particulares, asignando sus usos y modalidades según criterios tales como la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos, la situación de las cuencas hidrográficas y la seguridad nacional. Estable, además, que estos derechos jamás podrán tener el carácter de perpetuos.

Finalmente, la reforma entrega las herramientas necesarias al legislador, para limitar o restringir el ejercicio de los derechos, o reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar su disponibilidad.

Así, el proyecto es del siguiente tenor:

Artículo Primero.- *Elimínase el inciso final del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República de Chile.*

Artículo Segundo.- *Agréganse los siguientes incisos tercero, cuarto y quinto al numeral 23 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile:*

“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”.

“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, asignando sus usos y modalidades según la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos, la situación de las cuencas hidrográficas y la seguridad nacional. Con todo, estos derechos jamás podrán tener el carácter de perpetuos”.

“Corresponderá al legislador reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas, para asegurar siempre la disponibilidad del recurso hídrico para el consumo humano, pudiendo limitar y restringir el ejercicio de estos derechos”.

Ahora bien, el mismo año 2012, en el mes de noviembre, en la Cámara de Diputados tiene origen un proyecto de Reforma Constitucional que tiene por objetivo consagrar el derecho al agua como derecho humano¹⁵³ y que se encuentra en su primer trámite constitucional¹⁵⁴.

Los fundamentos del proyecto son:

- i. Falta de consagración constitucional del agua como bien nacional de uso público.

¹⁵³ Cámara de Diputados de Chile. Proyectos de ley. Boletín N°8678-07. [fecha de consulta: 11 Octubre 2016] Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9082&prmBL=8678-07

¹⁵⁴ Cabe señalar que el proyecto no ha tenido más tramitación que la Cuenta del mismo y su derivación a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, el 13 de noviembre de 2013.

- ii. Consideración del Agua como un bien social y económico por parte del Código de Aguas, separando la propiedad del agua del dominio de la tierra y *transfiriendo* la prerrogativa al Estado de conceder los derechos de aprovechamiento de aguas a privados de forma gratuita y a perpetuidad, dando origen al mercado de las aguas.

- iii. Concentración de los derechos de aprovechamiento: el 90% de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivas se encuentran en manos de empresas mineras y agroexportadoras, mientras que prácticamente el 100% de los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivas se encuentra en manos transnacionales como ENDESA.

- iv. Ausencia en nuestra Constitución de una consagración del derecho humano al agua. La creciente escasez del recurso hídrico ha llevado a la comunidad internacional a intentar asegurar el abastecimiento de agua para la población mundial, resguardando su existencia mediante la consagración del derecho dentro de la categoría de Derecho Humano.

- v. Resolución GA/10967, del 28 de julio de 2010, en virtud de la cual la Asamblea General de la ONU declaró el acceso al agua potable como un derecho humano, e instó a las naciones a garantizarlo. La norma también estipuló el derecho de los habitantes del mundo al saneamiento, de modo que puedan contar con los servicios sanitarios básicos. La resolución, asimismo, insta a todos los países y organizaciones internacionales a aportar recursos financieros y tecnología para lograr un acceso universal poco costoso al

agua potable y el saneamiento.

- vi. Obligatoriedad de las Resoluciones de la ONU, por ser Chile un Estado miembro.
- vii. Cambio de la realidad existente en 1980 en cuanto a la disponibilidad del recurso hídrico
- viii. Necesidad de adecuar la Constitución a los tiempos modernos.

La moción en concreto propone el siguiente articulado:

Artículo Primero.- Agrégase a continuación del inciso primero del numeral 23 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, el siguiente inciso segundo :

"Las aguas son bienes nacionales de uso pública. 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, estén en estado líquido o sólido como los ventisqueros y glaciares".

Artículo Segundo.- Sustitúyase el inciso final del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República de Chile por los siguientes incisos nuevos:

"El Estado reconoce el derecho al agua como un derecho humano.

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas.

El derecho al agua es un derecho humano, reconociendo la existencia, de un derecho asegurado a todas las personas para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y accesible para satisfacer las necesidades humanas incluyendo entre ellas como mínimo las relativas a la bebida, limpieza, cocina y saneamiento. Será deber del Estado asegurar a todos los habitantes de la República, el derecho al agua potable y el saneamiento de las aguas servidas para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos".

Como se puede apreciar, este proyecto pone especial énfasis en la consagración constitucional del derecho humano al agua. VERGARA BLANCO es crítico y tajante al señalar que es “una moción que no tiene una fundamentación mayor”¹⁵⁵, puesto que propone que las aguas sean, a la vez, bienes nacionales de uso público y del dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado, “como si ambas cosas fuesen lo mismo”¹⁵⁶, agrega.

3.2.3 Moción parlamentaria de 2014

El 23 de abril 2014, los senadores Muñoz, Araya, De Urresti y Horvath, iniciaron en moción Proyecto de reforma constitucional¹⁵⁷ que deroga el inciso final del numeral 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental y asegura a todas las personas el derecho al agua y a su acceso en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades individuales y colectivas.

En su fundamentación, dedican un capítulo a la “propiedad de las aguas en Chile”, recogiendo textos desde el siglo XIX hasta los más recientes. Se propone la “creación de un régimen constitucional sobre las aguas”.

¹⁵⁵ VERGARA Blanco. Ob.cit. p.31

¹⁵⁶ Id.

¹⁵⁷ Cámara de Diputados de Chile. Proyectos de ley. Boletín N° N°9321-12. [fecha de consulta: 11 Octubre 2016]. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9733&prmBoletin=9321-12

Los objetivos concretos de esta moción son los siguientes:

- i) Consagrar constitucionalmente el derecho humano al agua.
- ii) Terminar con el sistema privatista y mercantilista del agua que impera en la Constitución y en la Ley mediante una reforma constitucional que restablezca la propiedad del Estado sobre las aguas.
- iii) Consagrar el deber prioritario de conservación, protección y uso sostenible de las aguas en manos de quien estén; condición y presupuesto fundamental para ejercer derechos de uso o goce sobre ellas.
- iv) Mandatar a la ley para que establezca un orden de prelación de uso y destino de las aguas, así como todo lo concerniente a los derechos sobre ellas.

El objetivo genérico es seguir luego con una completa reforma a la legislación “mercantilista” de las aguas, que ejecute los principios constitucionales que se aprueben y que den origen a un nuevo Código de Aguas. Básicamente, lo que buscan es un cambio en el modelo institucional de administración de los recursos hídricos.

La moción en concreto propone el siguiente articulado:

1) **Derógase** el inciso final del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política.

2) **Agrégase** a continuación del numeral 8 del artículo 19 de la Constitución Política el siguiente numeral 9 correlacionando los restantes numerales:

“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.

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las aguas, incluidos los glaciares, sin perjuicio de las excepciones legales y de reconocer o conceder su uso y aprovechamiento a particulares de acuerdo a la ley.

La ley asegurará el manejo integrado de cuencas y de los acuíferos para armonizar su uso y acceso en forma participativa; y establecerá los requisitos mínimos para garantizar este derecho, las prioridades de uso de las aguas, favoreciendo el consumo humano, así como las condiciones para adquirir, ejercer, restringir y caducar los derechos otorgados sobre ellas.”

Esta tendencia nacionalista o estatizante de las aguas genera diversas reacciones. Así, VERGARA BLANCO la critica, señalando que se trata de una “tendencia anacrónica y mal enfocada”¹⁵⁸. En su opinión, estos proyectos de nacionalización escogen un mecanismo innecesario para la solución de los actuales problemas de las aguas, puesto que una “vaga declaración constitucional”¹⁵⁹, por sí sola, no soluciona los problemas de la gestión del agua. Aun más, la tendencia legislativa actual es exactamente al revés: desestatización de los recursos naturales. Lo importante es que exista una regulación que los haga disponibles, con justicia, igualdad, equidad y razonabilidad, a todos los potenciales usuarios. De hecho, agrega el autor, “La estatización es anti-histórica: para regular los recursos naturales es innecesario declararlos previamente del dominio del Estado”¹⁶⁰. Ejemplo de ello es la legislación que rigió a partir de 1967, luego de la reforma de la ley N° 16.640, que contenía una declaración de dominio estatal de las aguas, caducidades y un deseo de planificación centralizada del recurso. Sin embargo, este mecanismo en la práctica no funcionó, debido a la falta de capacidad estatal para controlar las acciones de los diferentes usuarios.

¹⁵⁸ VERGARA Blanco. Ob.cit. p.32

¹⁵⁹ Id.

¹⁶⁰ VERGARA Blanco. Ob.cit. p.33

Muy distinta es la posición de otros sectores sociales. Así, el Programa Chile Sustentable¹⁶¹ planteaba que si a acorto plazo no se abordaban reformas estructurales al Código de Aguas de 1981, se intensificarían los conflictos socio ambientales por el agua y se perdería la gobernabilidad democrática sobre este esencial patrimonio ambiental¹⁶².

Más adelante, en el año 2012, señalaba que el proceso de mercantilización de las aguas en Chile ha “vulnerado el acceso de las personas a un derecho básico como es el agua, y generado severos impactos sobre las comunidades y los ecosistemas a nivel nacional. Para revertir esta situación y favorecer las necesidades de la población por sobre los intereses y usos competitivos de las empresas, se requiere una reforma sustantiva en la legislación sobre el agua y una reorientación de las políticas públicas vigentes en base a la definición constitucional del agua como un bien colectivo, fundamental para la vida de las personas y de la naturaleza y por tanto, inalienable y no mercantizable”¹⁶³. En consecuencia, se reclamaban cambios estructurales en la política pública.

Por su parte, BAUER expresa: “No estoy de acuerdo con los argumentos por la nacionalización del agua en Chile por las mismas razones que estoy en desacuerdo con el actual Código de Aguas; ambas posiciones son demasiado extremas y les falta equilibrio y moderación. Ambos puntos de vista enfatizan teorías abstractas en vez de prácticas concretas. El modelo actual tiene fortalezas a la vez que fallas. Nacionalizar el agua puede resolver algunos problemas pero crearía o empeoraría otros. Es una vez más la “ley del péndulo”,

¹⁶¹El Programa Chile Sustentable es una iniciativa de organizaciones ecologistas, activistas, académicos, profesionales y ciudadanos comprometidos con cambiar el paradigma de desarrollo vigente en Chile. Fue creada en 1997 con el objetivo de impulsar la elaboración de una propuesta ciudadana para la transformación social, política y económica de Chile desde el modelo vigente hacia un desarrollo basado en criterios de sustentabilidad.

¹⁶²LARRAÍN Sara y SHAEFFER Colombina. Conflictos por el Agua en Chile: Entre los Derechos Humanos y las Reglas de Mercado. Programa Chile Sustentable. Primera Edición. Chile: Gráfica Andes. Septiembre 2010. p. 8

¹⁶³LARRAIN, MONTECINO Y LEDGER. Conflictos por el Agua en Chile: Urgen Cambios Legales y Constitucionales en las Políticas de Aguas. Programa Chile Sustentable. Primera Edición. Chile: Gráfica Andes. Noviembre 2012. p. 6

oscilando de un extremo a otro. Cabe hacer notar que “nacionalizar el agua” significa realmente “nacionalizar los derechos de agua”, porque en términos legales formales el agua ya está definida como pública en Chile”.

Fernando Atria y Constanza Salgado, en su libro “La Propiedad, El Dominio Público y el Régimen de Aprovechamiento de las Aguas en Chile”¹⁶⁴ señalan que lo dispuesto en el inciso final del artículo 19 N° 24, vale decir, “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares las propiedad sobre ellos*”, plantea la interrogante respecto de si el régimen de los derechos de aprovechamiento de aguas es el del artículo 582 del Código Civil, vale decir, del derecho de propiedad. Según los autores, el contestar en forma positiva dicha interrogante sería apresurado.

Su análisis es el siguiente: Conforme al artículo 5 del Código de Aguas (Artículo 595 del Código Civil), “Las aguas son bienes nacionales de uso público”. Si sobre los derechos de aprovechamiento de aguas sus titulares tienen un derecho de dominio, y si ese derecho de dominio es para todos los efectos legales y constitucionales un derecho que tiene la misma protección que el dominio sobre otras cosas, *entonces el agua no es un bien nacional de uso público*. Sin embargo, agregan, “esta calificación como bien nacional de uso público es tan parte del derecho chileno como la disposición ya citada del texto constitucional [...] Las aguas son y han sido, al menos desde 1855, bienes nacionales de uso públicos, y que sobre los derechos de aprovechamiento de ese bien nacional de uso público sus titulares tienen, al tenor del inciso final del artículo 19 N° 24, un derecho de dominio”¹⁶⁵.

De acuerdo con los mismos autores, Si bien las anteriores observaciones pueden resultar contradictorias, es importante señalar que dominio público no es un tema sobre el cual exista un desarrollo suficientemente asentado en nuestro país. Por consiguiente, “no es extraño que al momento de comentar el régimen de las aguas

¹⁶⁴ ATRIA y SALGADO. Op.cit. p.1

¹⁶⁵ ATRIA y SALGADO. Ob.cit. p.1

lo que suele estar al centro del análisis sea el inciso final del artículo 19 N° 24 y no el artículo 5° del Código de Aguas o el artículo 595 del Código Civil que declaran que las aguas son parte del dominio público. Este notorio desbalance tiene como consecuencia que las reglas contenidas en estas últimas disposiciones terminan reducidas a la mera declaración sin consecuencias jurídicas”¹⁶⁶. De hecho, la declaración del inciso final del artículo 19 N° 24 del texto constitucional (artículo que se intenta eliminar en los proyectos de reforma constitucional antes estudiados) no implica negar el hecho de que la cosa sobre la que los derechos de aprovechamiento de aguas recaen es un bien nacional de uso público.

En efecto, la ley ha declarado a las aguas bienes nacionales de uso público al menos desde la dictación del Código Civil, con algunas excepciones que fueron eliminadas en 1967. Por consiguiente, “puede decirse con seguridad que todos los derechos de aprovechamiento hoy vigentes fueron concebidos *ab initio* como **derechos de aprovechamiento sobre bienes del dominio público**”¹⁶⁷.

La lógica que subyace a los derechos de aprovechamiento de aguas, como a toda concesión demanial, es que deben ser compatibles con los intereses generales que el dominio público busca proteger. “Los derechos de aprovechamiento tienen características especiales, que escapan a las típicas de las concesiones sobre otros bienes del dominio público y los acercan al dominio privado. En efecto, los bienes nacionales de uso público son bienes que están por ley afectos a la realización de un interés general. Naturalmente, la manera en que dicho interés general se realiza debe dar cuenta de las características especiales del bien en cuestión y su finalidad pública. El hecho de que el agua sirva como un bien en procesos productivos implica la necesidad de un régimen especial. Aquí yace la justificación de la constitución de derechos exclusivos de aprovechamiento. En efecto, fuera del uso común normal, el agua es un recurso natural importante para el provecho económico de la industria y de la agricultura, entre otros. Esto quiere

¹⁶⁶ ATRIA y SALGADO. Op.cit. p.1

¹⁶⁷ Id.

decir que el *ordenamiento jurídico debe ser sensible a esta característica económica del agua*¹⁶⁸.

La pregunta que surge es la siguiente: ¿Es contradictorio reconocer derechos de dominio privado sobre derechos de aprovechamiento de un bien nacional de uso público? Según ATRIA y SALGADO no habría contradicción **si** el uso privativo del artículo 6° del Código de Aguas es entendido como una manera de realizar “*el fin público y de interés general a lo que las aguas como bien nacional de uso público sirven*”¹⁶⁹. Según los mismos autores, lo anterior implicaría que los derechos de dominio sobre los derechos de aprovechamiento no serían derechos constituidos sobre bienes apropiables, en atención a las características especiales del agua como bien nacional de uso público. En consecuencia, según lo dispuesto por el artículo 19 N° 23 de la Constitución, lo anterior implicaría que los derechos de aprovechamiento no gozarían de la protección constitucional del derecho de dominio, porque no son derechos constituidos sobre bienes apropiables.

Por el contrario, **si** el uso privativo implica que el titular de un derecho de aprovechamiento tiene un derecho de dominio que cuenta con protección constitucional, entonces sí habría una antinomia.

Si bien es cierto, el agua es un recurso esencial para nuestra supervivencia y la del medio ambiente, no es menos cierto que es un bien económico. Es precisamente esta última circunstancia la criticada por quienes promueven una reforma constitucional en materia de recurso hídrico. En este respecto, parece de total coherencia el planteamiento de ATRIA y SALGADO que señala: “la racionalidad tras la declaración del legislador de que el agua es un bien nacional de uso público implica que es estrictamente contradictorio que el régimen que se le impone al aprovechamiento de la misma sea el del derecho privado, es decir, el régimen de la propiedad privada y el mercado. Por el contrario, la declaración de las aguas como bien nacional de uso público implica reconocer que el legislador ha preferido excluir a las aguas de dicho régimen, sujetando su uso y

¹⁶⁸ ATRIA y SALGADO. Ob.cit. p.67

¹⁶⁹ ATRIA y SALGADO. Ob.cit. p.68

aprovechamiento a un régimen público. Por supuesto, el régimen público debe ser sensible al tipo de bien de que se trata, por lo que habrá características de los derechos de aprovechamiento que podrán ser reconducidas al carácter del agua como bien económico. Pero esto no quiere decir que dichos derechos deban regirse por las reglas del mercado y de la propiedad privada. Por el contrario, su reconocimiento como bien nacional de uso público implica que la forma de usar, gozar y disponer del derecho de aprovechamiento no puede quedar al arbitrio del dueño”¹⁷⁰. Lo anterior, no implica negar la existencia de derechos de aprovechamiento, toda vez que tales derechos constituyen **usos privativos** (exclusivos y excluyentes sobre el recurso), no equivalentes a la propiedad privada ni al mercado. Tales usos se sujetan a un régimen público.

3.2.4 Mensaje del 21 de mayo de 2014

El 21 de mayo de 2014, durante su segundo mandato, la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, hizo el tradicional discurso sobre el estado del país en el cual delineó los planes y prioridades de su nuevo gobierno. En el marco de los desafíos que enfrenta la economía de lograr una gestión sustentable y sostenible de los recursos, la Presidenta expresó que se modificaría sustantivamente el Código de Aguas, afirmando: “No se trata sólo de escasez hídrica, agravada por la larga sequía que experimentamos, sino de la sobreexplotación de las cuencas y del mal uso de los derechos de agua. Hemos propuesto reconocer las aguas como un bien nacional de uso público en sus diversos estados”¹⁷¹.

La presidenta Bachelet ya había creado un nuevo cargo de Delegado Presidencial para Recursos Hídricos e instalado en el puesto a Reinaldo Ruiz, economista agrícola. A Ruiz se lo puso a cargo de enfrentar la actual crisis de sequías en Chile, así como de proponer reformas legales e institucionales. El nombramiento

¹⁷⁰ ATRIA y SALGADO. Ob.cit. p.77.

¹⁷¹ PALACIO de La Moneda. Mensaje presidencial. [fecha de consulta: 13 Septiembre 2016]. Disponible en: <http://21demayo.gob.cl/>

buscó darle más alto perfil político al tema de las aguas, de manera parecida a la estrategia política de 2010.

Los comentarios de Bachelet suscitaron un intenso debate público en los medios de comunicación, dado que diferentes expertos y grupos de interés trataron de interpretar qué sería exactamente lo que el gobierno propondría.

Reinaldo Ruiz sostuvo varios encuentros públicos y privados para recoger ideas respecto de las posibles alternativas. Según Ruiz, no está la idea de expropiar o nacionalizar el agua, pero dado a que los derechos de aprovechamiento son concedidos por el Estado, éste último tiene todo el derecho a pedir su restitución.

El 8 de Septiembre de 2014, el gobierno envió su propuesta de legislación al Congreso: Mensaje 459-362, de la Presidenta a la cámara de Diputados: Formula indicación sustitutiva al proyecto de ley que reforma el Código de Aguas.

El gobierno argumenta que “la regulación de los recursos hídricos requiere de un cambio que intensifique el régimen público de las aguas, reforzando la facultades de la administración en la constitución y limitación de los derechos de aprovechamiento; y dando cabida protegiendo y priorizando los usos de la función de subsistencia. Los cambios específicos más importantes que se proponen son:

- Establecer un límite de treinta años a cualquier derecho de agua nuevo, y cancela los derechos que no son usados en el curso de cuatro u ocho años (para derechos de agua consuntivos y no consuntivos, respectivamente);
- Darle al Estado el poder para restringir temporalmente los uso del agua o para redistribuir agua en aras de interés público (por ejemplo, en una emergencia de sequía);
- Declarar el consumo humano y el saneamiento como los usos de más a la prioridad, y darle al Estado el poder de constituir “reservas” de aguas superficiales o subterráneas para abastecer estos usos prioritarios así como la preservación de ecosistemas;

- Cambiar el lenguaje del Código de Aguas para enfatizar la propiedad pública sobre la privada, por ejemplo de “dueño” a “titular” de derechos de agua, y de “dominio y libre disposición de derechos a su “uso y goce”.

El mensaje generó variada reacciones. Políticos de derecha e intereses privados del sector corporativo criticaron al gobierno por amenazar la seguridad de los derechos de propiedad privada y socavar el mercado. Políticos y activistas de izquierda criticaron su falta de voluntad para intentar realizar una nacionalización más plena del agua. Las visiones políticas sobre los principios nucleares de la legislación hídrica han estado polarizadas desde comienzos de los años noventa. De hecho, puede que el conflicto esté aún más polarizado hoy porque las protestas de sectores de izquierda y de movimientos sociales sobre el agua se han fortalecido en años recientes, mientras que las visiones de los sectores de derecha a favor del Código de Aguas permanecen prácticamente sin cambios. La limitada reforma del año 2005 tiene pocos defensores fuertes y evidentemente hizo poco para unir las divisiones políticas.

Gran parte del debate público ha girado en torno al primer ítem listado, es decir, las nuevas reglas para limitar en el tiempo los futuros derechos de agua. El gobierno mismo ha hecho de esto la máxima prioridad pública. El punto es si tiene sentido enfocarse tanto en este tema cuando quedan tan pocos nuevos derechos de agua por otorgar y, sobre todo, cuando son necesarias otras modificaciones de carácter institucional, como es implementar una DGA más fuerte y con mayores potestades.

Desde fines del 2014 el gobierno de Bachelet ha estado trabajando de manera sostenida con el Congreso para afinar los detalles de la legislación.

En relación a esta reforma, BAUER afirma: “A pesar de mi crítica de larga data del modelo hídrico chileno, no comparto la propuesta de reforma del gobierno. A sus argumentos les falta una narrativa fuerte, convincente, a pesar de los llamados ideológicos por una autoridad pública más fuerte, y además no transmite confianza respecto de la experticia concreta del gobierno con el tema, ni sobre su buen juicio

en situaciones conflictivas. El gobierno está poniendo demasiado énfasis en un lenguaje legal simbólico y declaraciones de principios, y demasiado poco énfasis en las instituciones de la gobernanza que implementarán las nuevas reglas en la práctica. El gobierno argumenta a favor de mayor autoridad de la DGA para regular el uso de los derechos de agua privados, pero todavía no presenta un plan concreto para fortalecer la capacidad de la agencia, o para articular lo que una DGA fortalecida podría hacer y en qué forma. Tan tarde como mayo de 2015, el gobierno no había enviado una propuesta al congreso para crear una nueva subsecretaría de Recursos Hídricos al interior del Ministerio de Obras Públicas, con un nivel administrativo más alto que la DGA. En el intertanto, las personas han estado discutiendo sobre derechos de agua sin conocer esta información clave”.

Recientemente, en agosto de 2016, se anunció la propuesta de reforma constitucional sobre el dominio y uso de las aguas, proyecto que fue presentado por la senadora Adriana Muñoz, presidenta de la Comisión de Recursos Hídricos del Senado, y la senadora Isabel Allende. El proyecto refunde en un texto único nueve mociones parlamentarias y busca introducir cambios al artículo 19° de la Constitución, numeral 23 y al artículo 20°, estableciendo que “las aguas, en cualquier de sus estados, son bienes nacionales de uso público”. Además, se agrega que “las concesiones a particulares serán siempre temporales y circunscritas a fines específicos, pudiendo estar sujetas al pago de patentes o tasas”. Por último, se establece un orden de prelación en el uso, señalando que “se priorizará el consumo humano, el doméstico y el saneamiento”.

Las modificaciones son:

"En el artículo 19°, numeral 23, se introducen tres incisos.

El inciso tercero nuevo, incorpora la misma noción que está contemplada en el debate del proyecto que modifica el Código de Aguas y que señala:

“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.”

El inciso cuarto nuevo entrega a la ley la regulación del “procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los actuales derechos y de las concesiones”, precisión que busca clarificar, a diferencia de lo que algunos sostienen, que la normativa distingue los derechos vigentes de las nuevas concesiones.

Refiriéndose a éstas últimas se indica, a continuación, que “las concesiones a particulares serán siempre temporales y circunscritas a fines específicos, pudiendo estar sujetas al pago de patentes o tasas.”

El inciso quinto nuevo, se consagran los denominados usos prioritarios, señalando que “En su otorgamiento y ejercicio se priorizará el consumo humano, el doméstico y el saneamiento, resguardando los usos comunitarios ancestrales y la mantención de un caudal ecológico, para lo cual se podrá reservar aguas superficiales y subterráneas y establecer otras limitaciones y obligaciones. Se dispondrá de un manejo sustentable e integrado de los recursos hídricos de las cuencas, que considere las características de cada zona del país y que asegure la participación e información de la ciudadanía;”

La modificación al artículo 20º, por su parte, persigue ampliar el ejercicio del recurso de protección a los casos en que se afecten los usos preferentes del agua en los términos mencionados.

Esta iniciativa de reforma constitucional se suma a otro proyecto que se encuentra en primer trámite legislativo en la Cámara de Diputados y que, vía indicación sustitutiva fue patrocinado por el gobierno. En este cambio legal se aborda la idea de modificar el régimen de perpetuidad de los derechos de agua, limitándolos a una duración máxima de 30 años, además de establecer causales para su caducidad en caso de no uso.

A pesar de que sus impulsores han dicho que estos cambios legales no afectarán a los actuales propietarios de derechos, ello no parece posible de asegurar, ya que, por ejemplo, en el cambio constitucional se delega en la ley la “regulación del procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los actuales derechos y de las concesiones”. El punto es que si el propósito no tiene sesgos expropiatorios, no queda claro cuál sería el problema que se quiere resolver con estas reformas. Para garantizar la utilidad pública del agua o consagrar el consumo humano como prioridad en el uso de este recurso, bastaría con estudiar perfeccionamientos al código actual.

Como se vio precedentemente, la legislación existente de hecho ya declara que “las aguas son bienes nacionales de uso público”. Sin embargo, al elevarse a rango constitucional esta declaración, el Congreso pierde la capacidad de evitar probables abusos en eventuales expropiaciones. Esta arremetida parlamentaria por los derechos del agua lamentablemente puede generar mayor incerteza jurídica para la inversión. Diversos proyectos mineros, de generación de energía, agrícolas, entre otros, dependen no sólo de las señales que entrega el Ejecutivo, sino además, de las amenazas que pueden experimentar en materia regulatoria, sobre todo si lo que está en juego es el derecho de propiedad en alguna de sus formas.

La visión de la Confederación de Canalistas de Chile (CONCA) respecto del proyecto de reforma constitucional sobre dominio y uso de las aguas sobre el dominio es bastante crítica. Según la Confederación, el proyecto de reforma a la Constitución aprobado por la Comisión Especial de Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía del Senado no es necesario. Indican que “las actuales modificaciones al Código de Aguas aprobadas en las Comisiones de Recursos Hídricos y de Agricultura de la Cámara de Diputados, permiten que el derecho de aprovechamiento de las aguas (actuales y futuros) tenga limitaciones en su

ejercicio que hagan prevalecer el bien común por sobre el derecho de los particulares dueños de esos derechos”¹⁷².

En opinión de la CONCACHILE la Reforma Constitucional que se plantea es inconveniente desde un punto de vista social, económico y legal. **Social**, porque disminuye valor de la tierra¹⁷³ y el patrimonio de 300 mil pequeños propietarios agrícolas; **Económico**¹⁷⁴, toda vez que no considera que los privados son dueños legítimos de la mayoría de la infraestructura que permite a los chilenos hacer uso del agua, ni los costos económicos que implicaría para el Estado adquirir, administrar y manejar el recurso acuífero. Se calcula un costo de unos US\$115 mil millones en infraestructura y un gasto anual de alrededor de US\$ 2700 en gestión y mantención; **legal**, puesto que se anula el papel contralor del Poder Legislativo respecto del Ejecutivo, entregándole sin más la administración total de los derechos de aprovechamiento de agua, toda vez que la reforma busca que la totalidad de los derechos de aprovechamiento de agua –actuales y futuros- estén afectos a utilidad pública, lo que en la práctica libera al Ejecutivo de contar con la anuencia del Poder Legislativo. La Ley hoy exige que, cada vez que por bien

¹⁷²ASOCIACIÓN Canales de Maipo. Blog. [fecha de consulta: 13 Septiembre 2016]. Disponible en: http://www.blog.asocanalesmaipo.cl/wp-content/uploads/2016/08/11_VISION-CONCACHILE-REFORMA-CONST-AGOSTO-2016.pdf

¹⁷³ Según la CONCACHILE, La sociedad rural campesina valora de una manera primordial la propiedad de la tierra que labora y en el caso de los terrenos regados, el 80% del valor de la tierra corresponde al derecho de aprovechamiento de aguas, constituyendo esto en consecuencia su principal y casi único patrimonio. La reforma planteada genera entonces un grave daño al sector rural.

¹⁷⁴ Según la CONCA el Proyecto de Reforma Constitucional es absolutamente inviable desde un punto de vista económico, puesto que el Estado no estaría en condiciones de hacerse cargo de la inversión que supondría la compra de los derechos de agua y de la infraestructura. De concretarse la iniciativa que busca que el Estado maneje y administre la captación, conducción, almacenamiento, mantención y distribución del recurso acuífero, el costo económico sería el siguiente: a) Inversión del orden de los US\$ 15 mil millones en adquisición de derechos de aprovechamiento de agua y de unos \$100 mil millones por concepto de infraestructura desarrollada por privados para el manejo del agua. Esto genera un total de US\$ 115 mil millones, lo que equivale a 10 veces el gasto anual en educación, 12 veces el gasto anual en salud y 35 veces el gasto anual en Obras Públicas; b) Gasto anual aproximado de US\$ 2.700 millones, por concepto de gestión de derechos de agua (\$US 2.500 millones) y mantención de los canales existentes (US\$ 200 millones). Esto significa un 80% más que el gasto anual que genera el Transantiago.

común se haga necesaria una declaración de utilidad pública, sea el Legislativo el que primeramente lo declare por Ley, lo que asegura un sano sistema de pesos y contrapesos en el ejercicio del poder, propio de una democracia como la nuestra. Lo anterior hace sentido, toda vez que la expropiación es el acto más gravoso que cualquier administración puede aplicar a un ciudadano y por ende es menester velar porque éste no sea objeto de arbitrariedad administrativa.

La CONCA considera que se pueden hacer modificaciones en lo que se refiere a establecer limitaciones al ejercicio de derechos de aprovechamiento, tanto para el caso de los derechos ya otorgados como para aquellos que se soliciten a futuro. Las limitaciones al ejercicio de los derechos de aprovechamiento debieran ser las siguientes:

- Las necesidades de subsistencia humana y de abastecimiento de agua potable.
- La sostenibilidad de la agricultura de subsistencia.
- El debido cuidado del medio ambiente (aseguramiento de un caudal ecológico en ecosistemas amenazados o en peligro).

Finalmente, La CONCACHILE considera que de prosperar la modificación planteada, los derechos de aprovechamiento de agua serán expropiables *per se*, sin considerar las causas particulares de cada caso, y sólo bastará contar con la voluntad del gobierno de turno en ejercicio para expropiar vía decreto, prescindiendo del análisis y deliberación de los parlamentarios, quienes caso a caso y en representación de la ciudadanía, evalúan la utilidad pública de un bien y habilitan al ejecutivo para expropiarlo o no. Por otra parte, afirman que el dominio público de las aguas no se pierde por la entrega de un derecho de aprovechamiento de las mismas, especialmente si se reconocen las limitaciones que hoy existen y las que se pueden incorporar en el Código de Aguas, a saber,

priorizar la necesidad de subsistencia humana, abastecimiento de agua potable, sostenibilidad de agricultura de subsistencia y debido cuidado del Medio Ambiente.

CONCLUSIONES

“*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público*”. Así es como el Código Civil define las aguas en el artículo 595. Esta concepción pública de las aguas, comenzó a regir a partir del siglo XIX, no solamente en nuestro país, sino que también en otros lugares del mundo.

Ahora bien, este vínculo jurídico con las aguas es un concepto que se fue conformando a través de la historia. De hecho, ya en la Antigua Grecia, Platón se refería a las aguas como “de propiedad común”, por lo que cualquier particular tenía el derecho de derivarlas y canalizarlas, mientras no se dañara bienes ajenos. Concepción similar fue la que existió en Roma, en que los ríos de caudal permanente eran, en general, *res publicae*, vale decir, cosa pública, perteneciente al “pueblo romano” (*populus Romanus*), a todos los ciudadanos en su conjunto. Así, las personas podían extraer de los ríos de caudal permanente toda el agua que cada cual podía efectivamente extraer y usar, teniendo como única limitación no dañar a los vecinos con un uso excesivo, inundando sus suelos con derrames.

Más adelante, en la época medieval, se produce un cambio en el esquema jurídico existente, de manera que se evoluciona de una concepción práctica y libertaria a una regaliana, en que los reyes consideraban a las aguas como objeto de su “propiedad-soberanía”, por lo que los particulares requerían de una licencia (“concesión” en nuestra terminología actual) para poder usarlas, originándose un tributo a favor del rey. Fue precisamente este pensamiento regaliano el que se aplicó en América durante la dominación española.

Este esquema fue acogido por los estados modernos, incluido el Estado de Chile surgido a principios del siglo XIX. En efecto, a partir de la Revolución Francesa es perceptible el nacimiento de ese mismo poder central – el estatal – que absorbió muchas partículas del antiguo poder, entre ellas todas las antiguas regalías. La Revolución francesa produjo un cambio de escena respecto al vínculo del Estado-Nación con los bienes públicos como las aguas. Este vínculo patrimonial del Estado-Administración respecto de aquellas cosas antiguamente concebidas como *iura regalia*, está conectado con el principio de la inalienabilidad del **dominio**

público, concepto que reemplaza desde el punto de vista histórico e institucional a las regalías.

En definitiva, la publicatio o publicación de los recursos hídricos ha estado presente en forma permanente a través de la historia, salvo en Grecia y Roma donde existía un sistema más libertario. Lo anterior permite inferir la existencia de un vínculo estrecho entre aguas y política, entendiendo esta última como la actividad orientada **en forma ideológica** a la toma de decisiones de un grupo para alcanzar ciertos objetivos. Precisamente, la libertad que existía en Roma respecto al uso del agua (teniendo como límite el derecho ajeno) se debió –y esta es una conclusión absolutamente personal– precisamente al hecho de que en Roma no existió un “Estado-Administración” como lo conocemos hoy. De hecho, la aparición de la monarquía como forma de gobierno generó un cambio en el esquema jurídico de las aguas, donde éstas últimas pasaron a ser consideradas como objeto de propiedad de los reyes y en una fuente de renta para los mismos, toda vez que su uso implicaba el pago de un tributo.

En el ámbito local, no es necesario remontarse muy atrás en la historia de nuestro país para apreciar esta estrecha relación entre política y gestión del recurso hídrico. Ejemplo de ello, son los Códigos de Aguas de 1967 y de 1980, producto de gobiernos con tendencias políticas diametralmente opuestas: socialismo vs capitalismo. En efecto, en 1967, con ocasión de la dictación de la Ley N°16.640 se produce un cambio significativo en el texto y en el espíritu del Código de 1951, derivado principalmente de un cambio ideológico del Legislador. Este segundo Código fue el resultado de la controvertida Ley de Reforma Agraria de 1967, promulgada por el gobierno de Eduardo Frei Montalva, en una década que se caracterizó por los intentos de gobiernos centralizados por lograr reformas sociales y económicas en América Latina. La reforma agraria chilena apuntaba a expropiar y redistribuir grandes propiedades de tierras, con el doble propósito de expandir la clase de los pequeños propietarios de tierras y de modernizar la producción agrícola.

En el otro extremo, se encuentra el Código de Aguas de 1980, de corte notoriamente liberal y que fue una reacción en contra de la Reforma Agraria y el Código de Aguas de 1967, en una década marcada por la influencia política e intelectual de la Escuela de Chicago.

No obstante el corte liberal del Código actual, aún después de la reforma del año 2005, las aguas siguieron teniendo la calificación jurídica de bienes nacionales de uso público. De hecho, como bien señala VERGARA BLANCO, si alguien pregunta ¿de quién son las aguas?, todos o casi todos quienes respondan se sentirán atraídos a señalar que son “del Estado”. Si tal es el estado de las cosas, la pregunta natural que surge es si existe una necesidad real de reformar la constitución con el objetivo de declarar que las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público, y declarar como utilidad pública los derechos que sobre ellas se hayan constituido o reconocido.

Ahora bien, esta discusión en cuanto al dominio de las aguas no es nueva en Chile. Ya, en 1846 y 1847 apareció en la Gaceta de los Tribunales, periódico forense fundado en 1841, un trabajo titulado “Legislación de Aguas”, el que a través de seis entregas desarrollaba, en forma crítica, la necesidad de contar con una ley de aguas en Chile, y planteaba cuáles serían a su juicio los problemas que debía regular y resolver. Su autor anónimo estima que la primera cuestión que se debe abordar **es la de averiguar quién tiene el dominio de las aguas**. Es totalmente entendible que, en esos años, en que todavía no se dictaba el Código Civil, existiera tal inquietud respecto de quién era el dueño de las aguas. Sin embargo, hoy en día, a la luz de la legislación vigente, tal discusión parece más bien abstracta e ideológica. Con ello, no estoy señalando que no sea necesario realizar reformas en materia de aguas, pero difícilmente una reforma e sí misma solucionará los actuales problemas de gestión hídrica. Puede que el remedio resulte peor que la enfermedad.

Concuerdo con BAUER en que, si se puede pensar en una etapa en la historia de Chile en que el manejo de los recursos hídricos se acercó más a un enfoque integral, en que el rol del Estado era más activo y con más potestades para

intervenir en la gestión de las aguas, fue durante la vigencia del Código de Aguas de 1951, en que existía un equilibrio entre la regulación pública y el derecho privado.

Obviamente, es necesario poner el tema en perspectiva. Los desafíos existentes en los años '50 y '60 eran muy distintos a los actuales: sequías, cambio climático, coordinación de los usos múltiples del recurso, falta de un catastro público de aguas completo, falta de regularización de derechos consuetudinarios, concentración de los derechos de aprovechamientos¹⁷⁵, falta de preferencias legales en cuanto a los usos de las aguas dejándose la tarea en manos del mercado. Ciertamente, estos desafíos que hoy enfrenta nuestro país (y el mundo), y que son producto del desarrollo económico de las últimas décadas, son mucho más complejos que antes. Es precisamente en razón de ello que urge realizar cambios en lo que se refiere a la gestión del recurso hídrico. La pregunta natural que surge es si una reforma constitucional solucionará problemas de gestión. Tal parece que no, sobre todo cuando existe una carga ideológica tan potente en el tema. En ese sentido, comparto lo señalado por VERGARA BLANCO en el sentido de “nuestro país padece una crisis *institucional* del agua”¹⁷⁶. Esto, debido a la ausencia de nuevas leyes y reglamentos que actualicen y complementen el marco legal vigente; ausencia de buena Administración burocrática; ausencia de apoyo a la autogestión de las aguas; ausencia de buena justicia. Durante los últimos años varias zonas del país han experimentado situaciones de sequía, en particular la zona comprendida entre las regiones de Atacama y La Araucanía. Si bien esta escasez tiene un carácter estacional, existen antecedentes que apuntan a un problema más permanente. Por ello, es relevante tomar medidas no sólo para superar la situación de corto plazo, sino también para abordar la escasez de forma más permanente.

¹⁷⁵ El 90% de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivas se encuentran en manos de empresas mineras y agroexportadoras, mientras que prácticamente el 100% de los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivas se encuentran en manos transnacionales como ENDESA.

¹⁷⁶ VERGARA Blanco. Ob.cit. p. 19

En efecto, la capacidad del marco institucional para hacerse cargo de conflictos serios es muy débil. La gestión se ha hecho sin atención a la institucionalidad. Si bien el agua es un bien económico, también es un bien social y medioambiental.

Comparto nuevamente con BAUER en que es necesario buscar el equilibrio que no existe en la legislación ni institucionalidad chilena, toda vez que el modelo actual no se hace cargo ni de la equidad social ni de la sustentabilidad ambiental. El modelo se hace más bien cargo de la eficiencia y la rentabilidad económica, los que si bien son puntos importantes, pero dejando de abordar los demás problemas. Sin embargo, nacionalizar las aguas, no es precisamente buscar un punto de equilibrio, sino que por el contrario significa mover el péndulo en la dirección contraria. Cabe hacer notar que “nacionalizar el agua” significa realmente “nacionalizar los derechos de agua”, porque legalmente el agua ya está definida como pública en la legislación nacional.

Finalmente, en una época en que se habla mucho de derechos y poco de obligaciones, es fundamental el rol que pueda cumplir la ciudadanía. No se trata solamente de hacer modificaciones legales, también es necesario que la ciudadanía tome conciencia de la importancia del agua para asegurar y permitir el desarrollo económico y social de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI Rodríguez, Arturo; SOMARRIVA Undurraga, Manuel; VODANOVIC H., Antonio. Curso de derecho Civil. Basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga. Redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic: De los Sujetos y de los Objetos de Derecho. Personas y Bienes. Santiago, Chile: Nascimento, 1971. T. II

ATRIA, Fernando y SALGADO, Constanza. El dominio público y el régimen de aprovechamiento de las aguas en Chile. Primera Edición. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile, Thomson Reuters La Ley, 2015. 135 p.

BANCO Mundial. Agua: panorama general. [Fecha de consulta: 21 Octubre 2016]. Disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/topic/water/overview>

BANCO Mundial. Gestión de recursos hídricos: panorama general. [fecha de consulta: 21 Octubre 2016]. Disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/topic/waterresourcesmanagement/overview>

BANCO Mundial. Nuevo informe examina los riesgos de un aumento de 4 grados de la temperatura del planeta para finales de este siglo. [Fecha de consulta: 21 Octubre 2016]. Disponibles en: <http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2012/11/18/new-report-examines-risks-of-degree-hotter-world-by-end-of-century>

BAUER, Carl J. Contra la corriente: privatización, mercados de agua y el estado de Chile. Primera Edición. Santiago de Chile: LOM Eds. : TERRAM: Resources. 2002. 207 p.

BELLO, Andrés. Principios de derecho internacional. 4ª. ed. Santiago: Libr. Central de Mariano Servat, 1886. 400 p.

BÜCHI BUC, Hernán. La transformación económica de Chile: del estatismo a la libertad económica. Chile: Normal S.A., 1993. 212 p.

CÁMARA de Diputados de Chile. Proyectos de ley. Boletín 8355-07. [Fecha de consulta: 11 Octubre 2016] Disponible en:
https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8750&prmBoletin=8355-07

CÁMARA de Diputados de Chile. Proyectos de ley. Boletín N°8678-07. [Fecha de consulta: 11 Octubre 2016] Disponible en:
https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9082&prmBL=8678-07

CÁMARA de Diputados de Chile. Proyectos de ley. Boletín N° N°9321-12. [Fecha de consulta: 11 Octubre 2016]. Disponible en:
https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9733&prmBoletin=9321-12

CELUME BYRNE, Tatiana. Régimen Público de las Aguas. Santiago, Chile: Abeledo Perrot, Legal Publishing, Thomson Reuters, 2013. 390 p.

CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Edición facsimilar. Santiago: Jurídica de Chile, 1978.

HARRIS CASTRO; Sara Larraín Ruiz-Tagle ed.; Colombina Shaeffer ed.; Programa Chile Sustentable. Santiago, Chile: Programa Chile Sustentable, 2010. 94 p.

LARRAIN RUIZ-TAGLE, Sara; Programa Chile Sustentable. Conflictos por el agua en Chile: urgen cambios legales y constitucionales en las políticas de aguas. Santiago, Chile: Programa Chile Sustentable, 2012. 59 p.

MONTT OYARZÚN, Santiago. El dominio público: estudio de su régimen especial de protección y utilización. Primera Edición. Santiago, Chile: Jurídica ConoSur Ltda, 2002. 421 p.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010.[fecha de consulta:21 Octubre 2016]. Disponible en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S

PALACIO de La Moneda. Mensaje presidencial. [Fecha de consulta: 13 Septiembre 2016]. Disponible en: <http://21demayo.gob.cl/>

REYES RIVERO, Jorge. Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público. Chile: Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociedad, 1960. 365 p.

SAINZ MORENO, Fernando. El dominio público: una reflexión sobre su concepto y su naturaleza, en Revista de Administración Pública, (150): 477-514, 1999.

SCIELO Chile. Constitución y Dominio Público (dominio Público de Minas y Aguas Terrestres). [Fecha de consulta: 20 Septiembre 2016]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200003

TOPASIO FERRETTI, Aldo. Los Bienes en el Derecho Romano. Valparaíso, Chile: Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1981. 142 p.

VATICANO. Carta encíclica Laudato Si' del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común. [Fecha de consulta: 21 Octubre 2016]. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html

VERGARA BLANCO, Alejandro. La libre transferibilidad de los derechos de agua. El caso del derecho chileno. Revista chilena de Derecho, 24 (2): 369-395, 1997.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Derecho de Aguas. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1998. V.1. 297 p.

VERGARA BLANCO, Alejandro. El novísimo derecho de bienes públicos y recursos naturales en Chile. Publicatio, derechos reales administrativos. Revista de Derecho Administrativo, 49: 575-589, 2004.

VERGARA Blanco, Alejandro. Crisis institucional del agua: descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015. 498 p.

ZANOBINI, Guido. Curso de derecho administrativo: parte general. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954. 216 p.